Verschulden beim Vertragsschluß

Dissertation

zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

vorgelegt von

Walter Schönwald
Referendar in Berlin.

1924

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staats-
wissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau.

Berichterstatter:
Prof. Dr. A. Manigk.

Verschulden beim Vertragsschluß

Dissertation

zur

**Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau**

vorgelegt von

Walter Schönwald

Referendar in Berlin.

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau.

Berichterstatter:
Prof. Dr. A. Manigk.

Literaturverzeichnis.

Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte. Seuffert. **Band 2, 5, 7, 18,** 32, 74, 75, 78.

Biermann, bürgerliches Recht I.

v. Blume, der Schadensersatz des Käufers wegen Lieferung einer mangelhaften Sache und seine Verjährung in Iherings Jahrbüchern Band 55, S. 220 ff.

Brecht, System der Vertragshaftung in Iherings Jahrb. Band 53, S. 213, ff.

Cohen, zur culpa in contrahendo in Juristische Wochenschrift von 1916 S. 373.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 4. Aufl. I.

Crome, System des bürgerlichen Rechts I.

Dernburg, die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts 1906, 3. Aufl.

Deutsche Juristenzeitung.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. I, III, 17.—22. Aufl. I, III. 22.—24. Aufl. I, 1.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, insbesondere Band 62, 78, 93, 95, 97, 100, 103, 104, 107, 108.

Fischbach, vorbereitende Rechtsverhältnisse in Archiv für bürgerliches Recht Band 41, S. 160 ff.

Gierke, deutsches Privatrecht III.

Gutachten aus dem Anwaltsstande über die erste Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs I.

Hanseatische Gerichtszeitung, 1908 und 1916.

Hedemann, Schuldrecht des bürgerlichen Gesetzbuches. 1921.

Heilborn, Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß. Diss. Köln 1923.

Ihering, culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, in Iher. Jahrb. Band 4, S. 1 ff.

Joseph, im Recht von 1916, S. 474.

Juristische Wochenschrift, insbesondere Jahrgang 1902, 1909, 1910, 1912, 1914, 1915, 1916, 1919.

Kiehl, in Juristische Wochenschrift von 1914, S. 497 ff.

Klein, Anzeigepflicht im Schuldrecht 1908.

Klein, zur Lehre vom negativen Vertragsinteresse in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung, Band 72, S. 140 ff.

Klein, zur Lehre vom sogenannten negativen Vertragsinteresse, in deutsche Juristenzeitung von 1906, S. 596.

Krückmann, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß in Archiv für civilistische Praxis. Band 101.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band II.

Kuhlenbeck, zum Schadensersatzanspruch aus Geschäftsabschlüssen mit heimlichen Geisteskranken in Bankarchiv 1906 V. S. 285.

Kuhlenbeck, zur Lehre des sogenannten negativen Vertragsinteresse in deutsche Juristenzeitung von 1905, S. 1142.

Leipziger Zeitschrift, insbesondere von 1910, IV.

Leonhard, Verschulden beim Vertragsschluß, 1910.

Leonhard, die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschluß, Göttingen 1896.

Levy, in Juristische Wochenschrift von 1922, S. 1313.
Lindemann-Soergel, bürgerliches Gesetzbuch 1923, I.
Löwenwärter, culpa in contrahendo in Juristische Wochenschrift von 1921, S. 1307.
Manigk, das Wesen des Vertragsschlusses in der neueren Rechtsprechung in Jher. Jahrb. Band 75, S. 127 ff.
Manigk, Irrtum und Auslegung, 1918.
Mommsen, die Haftung des Contrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen, Heft 2 der Erörterungen 1879.
Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, Band I und II.
Oertmann, das Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl.
Oetmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte.
Oertmann in Juristische Wochenschrift von 1919, S. 35.
Oertmann, ein Beitrag zur Frage der Haftung für Verschulden beim Vertragsschlusse insbesondere für Verschulden des Bestellers beim Abschluß von Werkverträgen in L. Z. von 1914 VIII, S. 513 ff.
Oertmann, in Archiv für bürgerliches Recht, Band 13.
Oertmann, Bemerkungen zur Frage der Haftung bei einem wegen Mißverständnis nicht zu Stande gekommenen Vertrage in Arch. für Civilistische Praxis, Band 121 n. F. 1, S. 122 ff.
Ortner, die rechtsgeschäftliche Haftung für culpa in contrahendo in Literatur und Rechtsprechung. Diss. Göttingen 1922.
Planck, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. Allg. Teil, 4. Aufl. Schuldverhältnisse 1914.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes des BGB. I, II.
Das Recht, Jahrgang 1908, 1910, 1912, 1914, 1916, 1919, 1923.
Regelsberger, Gesetz und Rechtsanwendung in Jher. Jahrb. Band 58, S. 146 ff.
Reichsgerichtsräte, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch 1923.
Richter, Schadensersatz bei Verschulden gelegentlich der Vertragsverhandlungen in Jur. Woch. von 1921, S. 664.
Riehl, die Arglist beim Vertragsschluß mit besonderer Berücksichtigung der Arglist des Vertreters. Gruchot, Band 60, S. 790 ff.
Siber, die schuldrechtliche Vertragsfreiheit in Jher. Jahrb. Band 70, S. 223 ff.
Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch 7/8 Aufl., I., II., V.
Stoll, Haftung für Verschulden während der Vertragsverhandlungen in L. Z. 1923 XVII, S. 532 ff.
Titze, in Jher. Jahrb. Band 47, S. 379 ff.
von Tuhr, der allgemeine Teil des bürgerlichen Rechts 1918, II, III.
von Tuhr, Schadensersatz bei Dissens in Arch. für civilistische Praxis, Band 121 n. F. 1., S. 359.
Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen insbesondere Jahrgang 1912, 1920.
Warneyer, Kommentar zum BGB. 1923.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl.
Woltersdorf, die Haftung für Abschließung von Rechtsgeschäften nach deutschem bürgerlichem Recht. Diss. Breslau 1922.
Zachariae-Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts 1894, II.

Inhaltsverzeichnis.

§ 1. Einleitung.

Die Rechtsordnung, die die Beziehungen der Menschen zu einander regelt, knüpft an deren Verhalten bestimmte Rechtsfolgen. So ist es insbesondere ein die Gesetze aller Zeiten und Völker durchziehender Gedanke, daß derjenige, der durch sein schuldhaftes Verhalten einen anderen geschädigt hat, die daraus entstehenden Folgen zu tragen hat. Desgleichen wird ein nur äußerer Schein eines durch ein Verhalten verursachten Rechtserfolges dann zum Schutze des Vertrauens des Gegners zum Nachteil des den Schein herbeiführenden entweder vorläufig oder endgültig mit wahrer Rechtswirksamkeit ausgestattet, wenn dieser Schein durch schuldhaftes Verhalten verursacht worden ist.

Die Folgen einer schuldhaften Handlung oder Unterlassung werden von der Rechtsordnung verschieden geregelt, je nachdem die Parteien in besonderer Rechtsbeziehung, Vertragsbeziehung, zu einander gestanden haben oder nur als Mitmenschen verpflichtet waren, auf einander die erforderliche, gesetzlich begrenzte Rücksicht zu nehmen. Als Folge eines schuldhaften, einen Menschen schädigenden Verhaltens tritt eine Schadensersatzpflicht ein, aus unerlaubter Handlung, wenn die Parteien in keiner Vertragsbeziehung zu einander gestanden haben, aus Vertrag, wenn vertragliche Beziehungen zwischen ihnen bestanden haben. Die Verletzung vertraglicher Pflichten unterliegt einer schärferen Haftung als die Verletzung allgemeiner Menschenpflichten, und das entspricht durchaus der Gerechtigkeit. Deshalb aber ist es wichtig, die Grenzlinie zu ziehen zwischen der außervertraglichen Haftung und solcher aus Vertrag.

Die klaren Fälle der Haftung für Verletzung vertraglicher Pflichten und der Verletzung allgemeiner Menschenpflichten bei Fehlen einer vertraglichen Beziehung können als im Gesetze unzweideutig geregelt keine besonderen Schwierigkeiten machen. Bevor es aber zu einem Vertragsschlusse kommt, besteht ein Vorstadium des Vertrages, in dem die Parteien bereits aus ihren allgemeinen Beziehungen als Mitmenschen herausgetreten sind und zu einander in nähere rechtliche Berührung getreten sind, die sich aber noch nicht zu einem Vertrage zusammengezogen hat. Wenn also durch ein Verschulden einer Partei bei Abschluß des Vertrages eine Schädigung des Gegners aufgetreten ist, muß die Frage auftauchen, ob für dieses Verschulden bereits nach vertraglichen Grundsätzen gehaftet werden muß, oder nur nach den Grundsätzen der außervertraglichen, unerlaubten Handlung. Und diese Frage soll im Folgenden untersucht und beantwortet werden.

Im einzelnen sind nun verschiedene Zusammenhänge zwischen den Verhandlungen und dem Vertrage, dessen Schließung durch sie bezweckt wird, denkbar. Am nächsten scheint die Annahme einer vertraglichen Haftung dann zu liegen, wenn das Verschulden bei Verhandlungen begangen worden ist, die nachher zu einem gültigen Vertragsschlusse geführt haben. Schon ferner liegend erscheint die, wenn der Vertrag zwar zu Stande gekommen ist, aber wegen irgend eines Mangels der Richtigkeit verfällt. Am entferntesten scheint die Annahme einer vertraglichen Haftung dann zu sein, wenn es überhaupt zu

keinem auch nur äußeren Scheine eines Vertragsschlusses gekommen ist. So waren denn auch schon seit dem Gemeinen Recht die Meinungen der Praxis und der Wissenschaft sehr geteilt, ob in diesen drei Fällen eine vertragliche Haftung anzunehmen sei.

Um die Fälle näher zu veranschaulichen, seien einige Beispiele herangezogen.

a) A verkauft dem B einen Hund, den er kurz zuvor von C gekauft hatte. Hierbei hat er es unterlassen, sich bei C nach den Eigenschaften des Hundes zu erkundigen, obwohl ihm die Tatsache des sonst unmotivierten Verkaufes des Tieres hätte stutzig machen müssen. Bei B erbeißt der Hund dessen Hühner. Haftet nun A für den Schaden, der durch sein Verschweigen des fahrlässig nicht erkannten Fehlers des Hundes entstanden ist, nach vertraglichen Grundsätzen?

b) A, der sehr wohl weiß, daß Kaufverträge über ein Grundstück ohne Wahrung der vorgeschriebenen Form nichtig sind, verkauft durch seinen Angestellten C, der dies auch weiß, und sonst ein durchaus tüchtiger Mensch ist, dem Bauern B, der von der Formvorschrift des § 313 BGB. keine Ahnung hat, ein Grundstück ohne Form, indem er erwägt, daß er sich bei der Erfüllung ja dann auf die Nichtigkeit berufen könne, falls ihm das dann besser erschiene. B läßt Baumaterialien anfahren und schlägt ein ihm angebotenes Grundstück aus. Hat B gegen den sich auf die Nichtigkeit berufenden A einen vertraglichen Ersatzanspruch nach § 278 BGB.?

c) A bietet dem B einen Posten Holz zum Kaufe an und macht mit ihm ab, daß der Kauf bei der Besichtigung des Holzes, zu der sie sich zu bestimmter Zeit im Walde treffen wollen, abgeschlossen werden soll. Des weiteren behält sich A vor, daß er nur bis zu dieser bestimmten Zeit an die Offerte gebunden sein will. Fahrlässig notiert er sich eine falsche Zeit, sodaß ihn B vergeblich zu festgesetzter Stunde im Walde erwartet. Nachdem B fortgegangen ist, erscheint A und verkauft in dem Glauben, daß B nicht gekommen sei, das Holz an einen anderen. Haftet A hier für den Schaden, der dem B durch die Reise zum Wald und dadurch entstanden ist, daß er seinen Lieferungspflichten nicht nachkommen konnte?

Wir werden sehen, daß auf alle diese Fragen unser Gesetz keine ausdrückliche Antwort gibt. Andererseits muß es nahe liegen und als Forderung der Gerechtigkeit von jedem Laien angesehen werden, daß in diesen Fällen der den Schaden zu tragen, der ihn schuldhaft verursacht hat. Die Fälle bedürfen daher einer Entscheidung, die dem Gesetze entspricht aber auch mit der Forderung der Gerechtigkeit und Billigkeit im Einklang steht. Das Gesetz soll allen Anforderungen des Rechtslebens genügen und soweit sich dieses mit seinem Wortlaute und Sinne verträgt, eine Anwendung finden, die dem Gerechtigkeitsgefühl eines billig und gerecht denkenden Menschen entspricht.

Im Folgenden soll daher eine Entscheidung dieser Fälle gesucht werden, die zugleich der Gerechtigkeit entspricht und mit dem Gesetze in Einklang steht.

Wir werden daher hauptsächlich auf die durch ein schuldhaftes Verhalten bei den Vertragsverhandlungen hervorgerufenen Schadensersatzpflichten einzugehen haben. Daneben aber müssen auch die sonstigen Rechtsfolgen, die ein Verschulden beim Vertragsschluß hervorruft, Erwähnung finden.

I. Schadenersatzpflicht als Folge eines Verschuldens beim Vertragsschluß.

§ 2. Geschichtlicher Rückblick.

Unser bürgerliches Gesetzbuch ist geschaffen worden von Männern, die im Geiste der damals geltenden Rechte lebten, die beeinflußt waren von Gedanken, wie sie im Gemeinen Rechte in den deutschen Partikularrechten und den deutsches Gebiet beherrschenden außerdeutschen Rechten ihren Ausdruck gefunden hatten. Es ist daher ganz erklärlich, daß sie bei Schaffung des neuen Gesetzbuches nicht neue Rechtsgedanken zu Grunde legten, sondern aus dem ihnen bekannten Rechte die Gedanken, die ihnen nützlich und zweckmäßig erschienen, dem neuen Rechte einverleibten, während sie die nach ihrer Erfahrung zweckwidrigen und als der Gerechtigkeit nicht entsprechend erkannten dem neuen Rechte fernhielten. Daher muß die Regelung der Frage in dem jetzt geltenden Rechte stark von den zur Zeit der Schaffung des neuen Gesetzbuches geltenden Rechten beeinflußt worden sein[1]). Es ist daher erforderlich, kurz auf die Stellung der zur Zeit der Abfassung des BGB. in Deutschland und in den benachbarten Ländern geltenden Rechte zu unserer Frage einzugehen.

Was zunächst das Rechtsleben damals in hohem Maße beeinflussende römische Recht angeht, so hat dieses sich ausdrücklich nicht mit der Frage beschäftigt, ob auch bei einem Verschulden beim Vertragsschluß ein vertraglicher Ersatzanspruch gegeben sei. Erst im Gemeinen Rechte stieß man auf die Frage, da man einsah, daß viele Fälle einen Ersatzanspruch forderten, der ohne Annahme einer vertraglichen Haftung für Verschulden beim Vertragsschlusse eine rechtliche Grundlage nicht finden konnte. Trotzdem so die Gerechtigkeit und Billigkeit darauf hinwies, daß auch für Verschulden beim Vertragsschlusse die schuldige Partei aus vertraglichen Grundsätzen Schadenersatz leisten müsse, so ist doch die herrschende Lehre zu einer Ablehnung einer solchen Haftung gekommen. Für die krassesten Fälle hat man sich mit Notkonstruktionen geholfen, um zu einem befriedigenden Ergebnis zu gelangen[2]). Diese zur Zeit der Schaffung unseres BGB im Gemeinen Recht herrschende Lehre gründete ihren Standpunkt, daß wegen Verschuldens beim Vertragsschlusse ein vertraglicher Haftungsanspruch nicht gegeben sei, darauf, daß sie meinte, aus den Quellen lesen zu müssen, daß das römische Recht eine Haftung nur dann annehme, wenn ein Vertrag wirklich zustande gekommen sei und das Verschulden sich auf eine Verletzung von Vertragspflichten beziehe. Zuerst war es wohl Ihering, der in der Mitte des 19. Jahrhunderts dieser Ansicht entgegentrat, dabei aber auf lebhaften Widerspruch stieß[3]). Dieser behandelte allerdings nur die Frage nach einer vertraglichen Haftung bei nichtigen und nicht zur Perfektion gelang-

[1]) Siehe Leonhard, Verschulden beim Vertragsschlusse II., S. 10.
[2]) Vgl. Mommsen Erört. H. 2. und Leonhard, Haftung des Verk. für Versch. beim Vertr. Schl. 1896.
[3]) Ihering in Ihr. Jahrb. Bd. 4, S. 1 ff. u. Mommsen a. a. O.

ten Verträgen, kam aber dabei zu dem allgemein gefaßten Satze: „das Gebot der contraktlichen diligentia gelte sowohl für gewordene so auch für werdende Vertragsverhältnisse, eine Verletzung derselben begründe hier wie dort die Contraktsklage auf Schadensersatz[4])." Mit diesem Satze aber ging Jhering schon über die von ihm gesetzte Schranke des nichtigen Vertrages hinaus. Es ist auch nicht einzusehen, warum dieser Satz nicht auch für den Fall Geltung haben sollte, daß kein gültiger Vertrag als Ziel der Verhandlungen zustande gekommen ist. Das stellt auch Mommsen, der im übrigen die Lehre Jherings bekämpft, fest[5]). Jherings Schrift hat aber die herrschende Lehre nicht umzustimmen vermocht. Erst viel später unternahm Leonhard[6]) einen neuen Angriff gegen die herrschende Meinung, indem er versuchte, aus den Quellen den Nachweis zu führen, daß schon das römische Recht auf dem Standpunkte stehe, daß eine vertragliche Haftung auch für Verschulden beim Vertragsschlusse gegeben sei. Diese erst in den letzten Jahren der Geltung des Gemeinen Rechts niedergelegte Meinung hat natürlich in der Literatur nicht mehr den Widerhall finden können, den sie vielleicht einige Jahre früher gefunden hätte. Daher konnte es ihr auch nicht mehr gelingen, die damals herrschende Lehre in ihrem Sinne umzustimmen, sodaß also für die Schaffung des BGB wohl diese in der Theorie herrschende Lehre den meisten Einfluß gehabt haben mag.

Ganz anders als die Theorie hatte sich aber die Praxis der hohen Gerichte gestellt. Hier trat das Bedürfnis nach einer Regelung der Frage bei der Behandlung des einzelnen praktischen Falles dringender hervor und deshalb war die Praxis eher geneigt, diesem Bedürfnis abzuhelfen, wie dem ja meist ein Bedürfnis des Rechtslebens die Praxis bei der Behandlung des einzelnen Falles leichter zu einer Abhilfe veranlassen wird als die Theorie, die ja trotz allen Wirklichkeitsstrebens nicht immer in der Lage sein kann, die Folgen einer Entscheidung im einzelnen Falle für bestimmte Menschen zu überschauen. Die Gerichte haben denn auch in mehreren Entscheidungen einen Schadensersatzanspruch auf vertraglicher Grundlage bei einem nur beim Vertragsschluß begangenen Verschulden gegeben[7]). Allerdings muß man von diesen Entscheidungen sagen, daß sie in ihrem Streben nach Abhilfe es unterlassen, sich mit den von der Theorie geltend gemachten Gründen auseinanderzusetzen und einfach einen vertraglichen Ersatzanspruch geben, ohne die erforderliche rechtliche Grundlage für ihn klar zum Ausdruck bringen.

Wie die Praxis dem Bedürfnis Abhilfe zu schaffen sich bemühte, haben auch die in dieser Zeit neuentstandenen Gesetzbücher zu der Frage in dem Sinne Stellung genommen, daß sie einen vertraglichen Ersatzanspruch für Verschulden beim Vertragsschlusse gesetzlich festlegten. Am unzweideutigsten tut dies wohl das Preußische Allgemeine Landrecht in seinen Bestimmungen in den §§ 284, 285, 320 I, 5 u. § 79 I 4. Diese Vorschriften lassen keinen Zweifel, daß dasselbe Verschulden, das bei Erfüllung des Vertrages einen Ersatzanspruch erzeugt, dies auch bei einem bei den Vertragsverhandlungen begangenen Verschulden tut.

---

[4]) Jhering a. a. O. S. 52.

[5]) Siehe Mommsen a. a. O. § 1.

[6]) Leonhard, Haftung des Verkäufers 1896.

[7]) Vgl. O. A. G. Lübeck in Seuff. Arch. Bn. 2, Nr. 23 Ob. Trieb. Stuttgart Das. Bd. 5, Nr. 153 O. A. G. Lübeck das. Bd. 7, Nr. 31 u. Celle desgl. Nr. 170 u. Bd. 32, Nr. 193.

Auch der 2. Bayerische Entwurf enthält in seinen Art. 317 und 319 eine ähnliche Regelung. Nur das Sächsische Recht hat sich dem Bedürfnis verschlossen und hat in § 922 BGB einen entgegengesetzten Standpunkt eingenommen und damit eine vertragliche Haftung wegen Verschuldens beim Vertragsschlusse ausgeschlossen. Besonders bedeutungsvoll ist es, daß auch der code civil der als in einem großen Teil Deutschlands geltend einen bedeutenden Einfluß auf unser BGB gehabt hat, ebenfalls auf dem Standpunkte steht, daß auch für Verschulden beim Vertragsschlusse eine vertragliche Haftung einzutreten habe, was auch das Reichsgericht in einer Entscheidung festgestellt hat[8]).

Nach all dem können wir für die als Grundlage für das BGB in Betracht kommenden Rechte, wenn wir bedenken, daß auch die Praxis des Gemeinen Rechts eine vertragliche Haftung bejahte, eine starke Neigung zur Bejahung der Frage feststellen, wenn auch natürlich nicht verkannt werden darf, daß gerade die Theoretiker des Gemeinen Rechts einen großen Einfluß auf die Abfassung unseres BGB gehabt haben und diese gerade die vertragliche Haftung für Verschulden beim Vertragsschlusse ablehnten.

Auch die außerdeutschen Rechte, die einen entfernteren Einfluß gehabt haben mögen, beschäftigen sich in dem Sinne mit unserer Frage, daß sie für Verschulden beim Vertragsschlusse eine vertragliche Haftung eintreten lassen. So hat das Schweizerische Obligationenrecht in Art. 243 und 245 und das Oesterreichische A. BGB. in den §§ 878 und 932 eine Regelung der Frage in bejahendem Sinne getroffen. Wenn diese Rechte auch vielleicht keinen direkten Einfluß auf die Abfassung unseres Gesetzbuches gehabt haben mögen, so zeigen sie doch, daß auch hier das Bedürfnis zu einer entsprechenden Regelung geführt hat.

§ 3. Die Behandlung der Frage nach Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß im geltenden Recht.

I. Unser BGB hat eine Regelung der Frage in einer Weise vorgenommen, die zu dem lebhaftesten Streite Anlaß geben mußte. Wenn es auch entsprechend ihrer Bedeutung und der Häufigkeit der eine Regelung fordernden Fälle sie nicht mit Stillschweigen übergehen konnte, so hat es doch davon abgesehen, eine etwa dem ALR entsprechende klare Regelung zu geben. Wenn wir bedenken, daß die Wichtigkeit der Frage den Verfassern bei der vorhergehenden literarischen Behandlung derselben klar vor Augen stehen mußte, so erscheint das Fehlen einer deutlichen Bestimmung immerhin auffallend. Wir können uns dies nur aus der Art des Zustandekommens des Gesetzes erklären. Man bemühte sich möglichst alle zur Zeit der Abfassung schwebenden Streitfragen zu klären, konnte sich aber bei dem Meinungsstreit der Verfasser nicht immer auf eine bestimmte Ansicht festlegen, sondern sah sich in vielen Fällen — wie dies ja überhaupt ein Fehler parlamentarisch zustande gekommener Gesetze zu sein pflegt — gezwungen, Kompromisse zu schließen. Wenn eine Meinung nicht durchdringen kann, wählt man die goldene Mittelstraße und jede Partei gibt zum Teil nach, wodurch dann allerdings der entstandene Kompromiß nicht selten die streitige Frage bestehen läßt und so der Rechtssicherheit nicht gerade förderlich ist. Dadurch ist der Gesetzgeber in manchen Fällen veranlaßt worden, eine Frage der Wissenschaft zu überlassen, die sehr wohl eine Regelung hätte erfahren können.

---

[8]) E. R. G. Bd. 12, S. 322.

Diesen der Rechtssicherheit sicherlich nicht sehr zuträglichen Weg hat man auch in unserem Falle gewählt. Die Motive[1]) sprechen sich dahin aus, daß die Frage streitig sei und daß eine Regelung als Gebot der Gerechtigkeit gefordert werde. Ob aber diese Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß auf unerlaubte Handlung oder Vertrag zu stützen sei, gerade diese so wichtige Frage wird als „Konstruktionsfrage" der Wissenschaft überlassen. Offenbar hat man gerade die ihr innewohnende große Bedeutung verkannt, denn sonst hätte man sie nicht als bloße Konstruktionsfrage bezeichnen können, was ja doch so viel heißt, als ob es für die praktischen Folgen nicht darauf ankäme, welche Konstruktion gewählt würde. So erklärt es sich, daß in unserem Gesetzbuche damals eine die Streitfrage zur Erledigung bringende Regelung nicht getroffen wurde.

Es könne nun nahe liegen, aus dem Fehlen einer ausdrücklichen Bestimmung auf den ablehnenden Standpunkt unseres Gesetzbuches zu schließen. Dem würden aber schon die oben erwähnten Motive widersprechen. Dabei soll natürlich nicht verkannt werden, daß die Darstellung der Motive für die Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen nur dann maßgebend sein kann, wenn die in ihnen niedergelegten Erwägungen auch wirklich ihren Ausdruck im Gesetze gefunden haben. Und das ist in diesem Falle geschehen. In mehreren Bestimmungen des Gesetzes wird zum Ausdruck gebracht, daß schon vor Abschließung eines Vertrages vertragliche Pflichten bestehen können und daß deren schuldhafte Verletzung eine vertragliche Haftung nach sich ziehen kann. Allerdings ist diese Regelung niemals allgemein, sondern stets für den einzelnen Fall gegeben worden. Aber sie zeigt doch, daß unserem Gesetzbuche der Gedanke, daß auch für ein Verschulden beim Vertragsschlusse vertraglich gehaftet werden könne, durchaus nicht fremd ist. Sie widerlegen den Schluß, daß das Fehlen einer ausdrücklichen allgemeinen Bestimmung eine Ablehnung jeder Haftung vor Abschließung des Vertrages auf vertraglicher Grundlage bedeute. Den klarsten Fall des Ausdruckes dieses Gedankens ergibt die Bestimmung des § 694 BGB[2]). Der Hinterleger haftet für den durch die Beschaffenheit der hinterlegten Sache verursachten Schaden, wenn er die gefahrbringende Eigenschaft kannte oder kennen mußte, also wenn er sie vorsätzlich oder fahrlässig verschwiegen hatte. Er haftet für ein Verschulden, das er nicht nach abgeschlossenem Vertrage sondern vor dessen Abschluß bei den Verhandlungen begangen hatte. Gleichwohl meint hier Enneccerus, daß dieser Fall nicht als die Statuierung einer Haftung für Verschulden beim Vertragsschlusse angesehen werden dürfe[3]). Sein Beweissatz aber, daß in der Bestimmung auch nach Vertragsschluß erkannte Eigenschaften mit umfaßt seien, kann doch nicht dartun, daß deshalb bei den beim Vertragsschluß verschwiegenen Eigenschaften der Gesetzgeber nicht von dem Grundsatz einer Haftung für vorvertragliches Verschulden ausgegangen sei.

Einen Ausdruck des gleichen Gedankens finden wir in den §§ 523, 524, 463, 600 BGB. Hier ist ausdrücklich eine Haftung für ein Verschulden beim Vertragsschlusse statuiert, gleichzeitig aber auf den Fall eines arglistigen Verschweigens beschränkt. Welchen Schluß man aus diesem Umstande ziehen kann,

---

[1]) Mot. Bd. I, S. 195 und 228, II, S. 179 und 745.

[2]) Siehe auch Lindemann — Sörgel zu § 694.

[3]) Enneccerus 9./11. Aufl. I, 2, § 266, III, 5. vergl. auch Ortner die Rechtsgesch. Haftg. Diss. Gött. 1922, III 1. a.

wird weiter unten zu zeigen sein. Jedenfalls aber zeigt die Regelung, daß auch bei nicht abgeschlossenem Vertrage wenigstens in diesen besonderen Fällen aus einem Verschulden ein Schadensersatzanspruch vertraglicher Art entstehen kann. Sie zeigt auch, daß schon vor Vertragsschluß gewisse Pflichten bestehen können, deren Verletzung einen vertraglichen Anspruch nach sich zieht.

Auch § 179 BGB enthält den Gedanken, indem diese Bestimmung den Vertreter auf Schadensersatz haften läßt, wenn der Vertretene die Genehmigung des Vertrages nachträglich verweigert. Wenn der Vertreter den Mangel seiner Vertretungsmacht nicht gekannt hat, so haftet er nur auf das Vertrauensinteresse. Es tritt also hier eine Haftung ein, weil der Vertreter den Mangel seiner Vertretungsmacht beim Vertragsabschlusse nicht mitgeteilt hat. Und unserer Ansicht nach basiert diese Ersatzpflicht auf dem Verschulden des Vertreters. Siber[4]) leugnet hier das Erfordernis eines Verschuldens und meint, daß die Haftung auch ohne ein solches einzutreten habe. Allein dieser Ansicht ist nicht beizustimmen. Die Haftung des Vertreters tritt ein, weil er schuldhaft die Interessen seines Gegners dadurch verletzt hat, daß er sich ohne Vertretungsmacht in ein Handeln für einen anderen eingelassen hat. Gewiß wird ein Schuldbeweis meistens nicht erforderlich sein. Das Gesetz gibt aber den Anspruch in allen so gelagerten Fällen, weil es davon ausgeht, daß dann immer ein Verschulden vorliegen wird, und ein Fall einer Nichtschuld als undenkbar erscheint. Wenn der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht gekannt hat, liegt ein Verschulden klar zutage, hat er den Mangel nicht gekannt, so liegt doch stets eine Fahrlässigkeit vor, wenn er, ohne sich seiner Vertretungsmacht zu vergewissern in ein Handeln als Vertreter sich einläßt. Der Gesetzgeber gibt einen Ersatzanspruch für eine vor Vertragsschluß liegende Handlung, deshalb allgemein, ohne eine Schuld zu erwähnen, weil er erkennt, daß in den so gelagerten Fällen immer ein Verschulden des Handelnden vorliegen wird.

Für die Fälle eines wegen Unmöglichkeit oder Gesetzwidrigkeit nichtigen Vertrages enthalten die §§ 307 und 309 des BGB Bestimmungen, die einen Anspruch auf das Vertrauensinteresse geben, wenn ein Teil die Unmöglichkeit, oder die Gesetzwidrigkeit, also den Grund der Nichtigkeit kannte oder kennen mußte. Wenn also ein Vertragsteil bei der Schließung des Vertrages vorsätzlich oder fahrlässig einen zur Nichtigkeit wegen Unmöglichkeit oder Gesetzwidrigkeit führenden Umstand, dem anderen verschwiegen hat, hat er diesem das Vertrauensinteresse zu ersetzen. Für schuldhafte Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht ist ein vertraglicher Ersatzanspruch statuiert. Wir können hier der Meinung Enneccerus[5]) nicht beistimmen, der diese Fälle als auf einem anderen Grundgedanken beruhend ansieht. Unser Gesetz hat doch hier klar zum Ausdruck gebracht, daß hier schon vor Vertragsschluß eine Mitteilungspflicht besteht, deren schuldhafte Verletzung einen Schadensersatzanspruch nach sich zieht. Die Regelung zeigt, daß auch in dem Falle, in dem der nachfolgende Vertrag nichtig ist, unser Gesetz eine vertragliche Ersatzpflicht wegen Verschuldens kennt.

Besonders bedeutungsvoll für unsere Frage erscheint der § 122 BGB. Hier wird für den Fall der Anfechtung einer Willenserklärung wegen Irrtums und für den Fall der Nichtigkeit wegen Scherzes dem Anfechtenden, beziehungs-

4) Plank — Silber, II F. S. 190, 4, a.
5) Enneccerus a. a. O.

weise dem Scherzenden eine Schadensersatzpflicht gegenüber dem Empfänger der Erklärung auferlegt. Diese kommt in Fortfall, wenn der Gegner den Grund der Anfechtbarkeit oder der Nichtigkeit kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte. Hier wird eine Ersatzpflicht nach vertraglichen Grundsätzen festgesetzt, ohne daß ein Vertrag zustande kommt oder gültig besteht. Auch hier ist der Grund für die Ersatzpflicht in der Schuld des Erklärenden zu suchen. Auch hier kann man nicht sagen, es komme auf eine Schuld nicht an, da eben in allen denkbaren Fällen eine Schuld als vorliegend angenommen wird. Wer eine Erklärung abgibt und dabei scherzt, den trifft immer ein Verschulden, da er nicht mit dem Erkennen des Gegners rechnen darf. Wer sich bei Abgabe seiner Erklärung irrt, den trifft ebenfalls stets ein Verschulden, da er bei der Bildung seines Willens und bei der Formulierung seines Ausdruckes nicht die erforderliche Sorgfalt anwendete. Wer eine Erklärung abgibt, muß sich von der Uebereinstimmung derselben mit seinem Willen überzeugen, tut er das nicht, so handelt er schuldhaft und das Gesetz berücksichtigt den wahren Willen, indem es ihn nicht an der irrtümlichen Erklärung festhält, sondern eine Anfechtung gestattet, es schützt aber auch die Interessen des Gegners, der durch die Fahrlässigkeit des Erklärenden geschädigt ist, indem es diesen mit einer Ersatzpflicht belastet. Für eine Verknüpfung dieser Bestimmung mit Schuld des Erklärenden spricht auch der Absatz 2 des genannten Paragraphen. Hier tritt ein ähnlicher Gedanke wie in § 254 BGB hervor, daß bei Vorliegen eines Verschuldens auch auf der Gegenseite damit die Ersatzpflicht des Schuldigen entfällt oder sich wenigstens mindert. In § 122 Abs. 2 BGB nimmt der Gesetzgeber mit Recht an, daß regelmäßig der Fall so liegen wird, daß eine Schuld die andere aufwiegt[6]).

Viele Schriftsteller allerdings meinten, daß der § 122 BGB. lediglich auf dem Veranlassungsprinzip beruhe, und eine Schuld nicht voraussetze[7]). Allein diesen wird entgegengehalten werden müssen, daß sie glauben, eine Schuld sei nicht erforderlich, weil sie übersehen, daß das Gesetz eben ohne Rücksicht auf ein Verschulden eine Ersatzpflicht festgesetzt hat, eben weil in diesen Fällen immer ein Verschulden vorliegt und sich deshalb ein Eingehen auf Schuld erübrigt. Auch wenn man, was hier als nicht richtig hingestellt worden ist, annehmen wollte, daß § 122 BGB. eine Schuld nicht erfordere, so müßte man doch sagen, daß diese Bestimmung doch zeige, daß aus vertraglichem Verhalten eine Pflicht erwachsen könne und daß eine vertragliche Ersatzpflicht an die Verletzung einer solchen vorvertraglichen Pflicht geknüpft werden könne.

Wir sehen also, daß das BGB in zahlreichen Fällen bei Vorliegen eines Verschuldens beim Vertragsschlusse, sei es bei gültigen, sei es bei nichtigen Verträgen eine vertragliche Ersatzpflicht festgesetzt hat. Dabei macht die Erwähnung der angezogenen Bestimmungen natürlich keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Es würden sich noch viele ähnliche Fälle anführen lassen. Hier sollten nur die wichtigsten eine Erwähnung finden. Die Fälle sind als Einzelbestimmungen geregelt aus der Scheu des Gesetzgebers heraus, eine allgemeine Bestimmung

[6]) Vgl. Manigk in Jher. Jahrb. Bd. 75, S. 193 und Irrtum und Auslegung S. 251.

[7]) Vgl. Lindemann — Soergel, § 122, 1, R. Ger. Räte Komm. § 122., Enneccerus a. a. O., Staudinger I, § 122, 2., Planck — Siber, II, S. 190, 4, a., Levy Jur. Woch. 1922, S. 1313, 2., Stoll, L. Z. 1923, S. 532 I., vgl. auch Gierke, III, S. 113 A. 10. der die Haftung aus § 122 für deliktisch hält.

zu geben, was sich, wie gezeigt, aus der Kompromißnatur der Regelungen ergibt. Alle Bestimmungen aber zeigen, daß der Gedanke einer vertraglichen Haftung für vorvertragliches Verschulden dem BGB. durchaus nicht fremd ist.

II. Diese Bestimmungen aber können für Fälle, in denen gleichfalls durch ein Verschulden beim Vertragsschluß der Gegner geschädigt worden ist, keine Anwendung finden, weil sie eben nur für den bestimmten Fall gegeben worden sind und daher eine Verallgemeinerung und Ausdehnung auf andere Fälle nicht gestatten. Wie die schon oben gegebenen Beispiele zeigen, würde wohl in diesen und ähnlichen Fällen ein Laie leicht dazu geneigt sein, es als der Billigkeit und Gerechtigkeit entsprechend zu bezeichnen, daß hier der den Schaden zu tragen hat, der ihn durch sein schuldhaftes Verhalten verursachte. Aus der großen Fülle der Fälle, in denen der Gegner durch ein Verschulden des anderen Teils vor Vertragsschluß geschädigt worden ist und in denen unser Gesetz eine Ersatzpflicht nicht festsetzt, sei noch folgender wichtiger Fall erwähnt. Der Verkäufer haftet für ein arglistiges Verschweigen von Mängeln. § 464 BGB. Wenn er aber fahrlässig einen Mangel verschwiegen hat, und dem anderen Teil daraus ein Schaden erwachsen ist, so ist eine Haftung nicht festgesetzt. Aber auch hier muß man es als eine Forderung der Gerechtigkeit und Billigkeit bezeichnen, daß der Schuldige dem Gegner den erwachsenen Schaden zu ersetzen hat.

Wie aber die Frage der Billigkeit niemals von allen Menschen im gleichen Sinne entschieden werden wird, so hat man auch für diese Fälle die Forderung der Billigkeit geleugnet und hat gesagt[8]), daß man von dem Vertragsgegner nicht verlangen könne, schon vor Vertragsschluß die Interessen der anderen Partei sorgfältig wahrzunehmen und daß in diesem Stadium des Vertrages ein gesunder Egoismus der Parteien durchaus am Platze sei. Es soll das Merkmal der Verhandlungen gerade die Unverbindlichkeit sein im Gegensatz zu dem Vertrage, der erst eine Rechtsverbindlichkeit erzeuge. Es ist nun anzuerkennen, daß es von einer Partei nicht verlangt werden kann, der anderen alle ihre mit dem Geschäftsabschluß verknüpften Absichten mitzuteilen und sie auf alle kleinen Unvorteilhaftigkeiten des Abschlusses aufmerksam zu machen. Aber wenn es sich um wichtige, den Willen der Partei erheblich beeinflussende Tatsachen handelt, muß der Vertragschließende darauf vertrauen können, daß ihm diese Tatsachen mitgeteilt werden und daß ihm über sie keine irrigen Vorstellungen vom Gegner erweckt werden. Die Grenze zwischen dem, was ein anständiger Mensch dem Gegner darzulegen sich verpflichtet fühlen wird und dem, was er mit Stillschweigen zu übergehen sich wird für berechtigt halten dürfen, muß nach den Umständen des Falles und der Eigenart des zu schließenden Vertrages gezogen werden. Kohler[9]) sagt hierzu sehr treffend, daß es „sehr wohl dem Verkehre angemessen sei, daß diejenigen wirtschaftlichen Zusammenhänge, welche sich unmittelbar mit dem Geschäfte verknüpfen, zum Ausdruck kommen, weil eben diese wirtschaftlichen Beziehungen durch das Schuldverhältnis beglichen werden sollen und die Begleichung mit Rücksicht auf diese wirtschaftlichen Bestrebungen gestellt sein muß". Mit anderen Worten muß man es also als der Billigkeit entsprechend ansehen, daß „wenn eine Partei Umstände, von denen sie wußte oder sich sagen mußte, daß sie für die Willensbildung des anderen Teils von wesent-

[8]) Enneccerus, I, 2, § 266 III., und Ortner a. a. IV.
[9]) Kohler, II, 1, S. 223.

licher Bedeutung seien, fahrlässig verschwiegen oder darüber unrichtige Angaben gemacht hat[10])“ diese Partei der anderen den dadurch entstandenen Schaden ersetzt.

Auch schon zur Zeit der Abfassung unseres Gesetzbuches war man sich über diese Forderung der Billigkeit im Klaren und das Gutachten aus dem Anwaltsstande[11]) fordert die Einstellung einer die allgemeine Haftung für Verschulden beim Vertragsschlusse festsetzenden Vorschrift in das Gesetz. Ihm erschien die Begrenzung der Haftung beim Kauf auf arglistiges Verschweigen als zu eng und als nicht der Billigkeit entsprechend. Und auch wir müssen ein Bedürfnis nach Lösung der Frage, ob bei Verschulden beim Vertragsschluß grundsätzlich eine Haftung vertraglicher Natur einzutreten habe, in dem Sinne anerkennen, daß ein Verschulden bei den Vertragsverhandlungen dieselbe Ersatzpflicht auslösen muß, wie ein solches nach abgeschlossenem Vertrage.

Dieses Bedürfnis kann aber nicht dazu führen, auf einem nicht im Gesetz ausdrücklich gewiesenem Wege eine Abhilfe zu schaffen, wenn eine sonstige ausdrückliche Regelung zur Befriedigung des Bedürfnisses führen kann.

Man muß aber hier zunächst an die am nächsten liegende Haftung aus unerlaubter Handlung denken, die ja in keiner Weise einen Vertragsschluß voraussetzt. § 823 und § 826 BGB. Beide Bestimmungen aber können nicht zum Ziele führen, wenn man natürlich für einige Fälle damit wird zu einer befriedigenden Lösung kommen können. Aber gerade für die wichtigsten Fälle einer fahrlässigen Verschuldung reichen diese Vorschriften nicht aus. Einmal wird sogar schon in den Fällen einer vorsätzlichen Schädigung die Sachlage nicht immer so sein, daß man von einer unsittlichen Schadenszufügung im Sinne des § 826 BGB. reden kann. Und für eine nur fahrlässige Verletzung kann § 826 überhaupt keine Anwendung finden. § 823 BGB. kann schon deshalb nicht genügen, weil es oft an der Rechtswidrigkeit des zugefügten Schadens fehlen wird und vor allem durch diese Bestimmung nur bei Verletzung bestimmter absoluter Rechte ein Ersatzanspruch gegeben wird, eine Verletzung des Vermögens im allgemeinen aber nach richtiger herrschender Lehre durch diese Bestimmung nicht gedeckt wird.

Man kann die Verletzung der gegnerischen Interessen durch Verschulden beim Vertragsschluß auch nicht in eine Erfüllungsschuld umdeuten, um dann einen vertraglichen Haftungsanspruch zu geben. Wer eine mangelhafte Sache verkauft und dann liefert, von dem kann man nicht sagen, daß er den Vertrag verletzt habe, der ja gerade über diese mangelhafte Sache abgeschlossen worden ist.

Man kann auch nicht annehmen, daß eine Pflicht bestehe, dem Gegner nach Abschluß des Vertrages erst die nötige Auskunft zu erteilen. Dazu bemerkt Leonhard[12]) sehr treffend, daß gerade die Verhandlungen dazu die richtige Stelle seien. Außerdem kann bei Auseinanderfallen von Abschluß und Erfüllung der Schaden schon durch den Abschluß entstanden sein, wonach dann eine spätere Mitteilung nichts mehr helfen könnte.

---

[10]) R. G. Bd. 95, S. 60.
[11]) Gutachten aus dem Anwaltsstande. Hachenburg S. 139—140.
[12]) Verschulden beim Vert. Schl. IV. S. 27 ff.

Auch einen stillschweigenden Garantievertrag oder eine stillschweigende Zusage kann man in dem Vertragsschlusse nicht erblicken, das würde eine ganz willkürliche und ungerechtfertigte Auslegung des Parteiwillens bedeuten.

Wenn wir so sehen, daß eine Lösung der Fälle auf einem im Gesetze ausdrücklich vorgeschriebenen Wege in befriedigender Weise nicht möglich ist, und wenn wir gleichzeitig ein Gebot der Gerechtigkeit und Billigkeit anerkennen, daß bei Verschulden beim Vertragsschluß ein vertraglicher Haftungsanspruch gegeben werde, müssen wir Wege suchen, auf denen wir zu befriedigender Lösung kommen können.

III. Wir dürfen uns nicht damit beruhigen, daß wir feststellen, daß eben im Gesetz eine Haftung nicht statuiert sei und daß deshalb der Schaden von dem Betroffenen selber getragen werden müsse. Wir würden uns damit über ein als bestehend anerkanntes Bedürfnis hinwegsetzen und bewußt eine gegen Billigkeit und Gerechtigkeit verstoßende Entscheidung fällen. Das aber wäre nicht nur eine jedem Laien unverständliche Art der Rechtsanwendung, sondern verstieße auch gegen den Sinn und das Wesen unseres Rechts. Bei Abfassung eines Gesetzes können nicht alle erst später in Erscheinung tretenden Bedürfnisse eines sich ändernden Verkehrslebens Berücksichtigung finden. Andererseits aber arbeitet die Gesetzesmaschine zu schwerfällig, als daß es anginge, für jedes sich später herausstellende Bedürfnis eine Gesetzesänderung vorzunehmen. Ein solches Bedürfnis muß und kann Abhilfe durch die Auslegung des Gesetzes finden. Wenn auch oft behauptet wird, daß eine solche Auslegung unzulässig sei und das Gesetz untergrübe, so muß dagegen gerade behauptet werden, daß eine solche richtig angewandte Auslegung gerade dem Gesetze förderlich ist, indem sie dieses auf der Höhe der Zeit hält. Derjenige, der das Gesetz anzuwenden hat, „ist berufen, die in den Gesetzesnormen niedergelegten Rechtsgedanken nach dem Bedürfnis des praktischen Lebens auf Grund vertiefter Einsicht weiter zu bilden und auf diesem Wege das Recht stetig zu vervollkommnen.“[13])

Aber nicht alle Vorschriften des Gesetzes sind eines solchen Ausbaus fähig. Ein Teil verbietet jeden Ausbau, indem aus der Bestimmung geschlossen werden muß, daß der Gesetzgeber hier eine ganz besondere Regelung gibt, die er auf andere Fälle nicht ausgedehnt wissen will. Im Gegensatz dazu stehen viele Vorschriften, die einen Ausbau zulassen und sogar fordern. Sie enthalten einen Ansatz zu einem allgemeinen Rechtsgedanken, der aber im Einzelnen keine Ausbildung erfahren hat. Hier ist ein Fingerzeig für die Auslegung, die dann nach gefundenem Bedürfnis einzugreifen hat und diesen Gedanken ausbauend das Gesetz fortbilden und verbessern kann. Es geht aber nicht an, dem Gesetz sonst ganz fremde Gedanken zu seiner Fortbildung zu verwenden. An den positiven Bestimmungen des Gesetzes ist die Grenze für die Fortbildung gegeben. Man darf nur einen im Gesetze enthaltenen, nur nicht voll ausgebildeten Gedanken zum Ausbau verwenden, nicht aber einen dem Gesetze sonst ganz fremden.

Auf diesem Wege werden auch wir vorzugehen haben. Wir haben erkannt, daß das Rechtsleben es dringend verlangt, daß für jedes Verschulden beim Vertragsschlusse ein vertraglicher Ersatzanspruch gegeben werde. Wir haben erkannt, daß ausdrückliche Bestimmungen unseres Gesetzes nicht zu einer befrie-

---

[13]) Regelsberger, in Iher. Jahrb. Bd. 58, S. 148.

digenden Lösung führen. Wir können also dann dem Bedürfnis im Wege der Auslegung abhelfen, wenn wir entsprechend den angezogenen Bestimmungen einen das Gesetz durchziehenden Rechtsgedanken feststellen können, der sagt, daß unserem Gesetze der Gedanke vertraut sei, daß auch wegen eines Verschuldens beim Vertragsschlusse eine vertragliche Haftung eintreten könne. Und diese Frage wollen wir im Folgenden näher prüfen.

§ 4. Das dem Rechte zu entnehmende allgemeine Prinzip einer Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß.

Die Frage, ob unser BGB auf dem Standpunkte stehe, daß, wie ein Verschulden nach abgeschlossenem Vertrage so auch ein Verschulden bei den Vertragsverhandlungen einen vertraglichen Ersatzanspruch zur Folge haben könne, muß, wenn sie auch nicht klar und ausdrücklich ihren Ausdruck im Gesetze gefunden hat, doch bejaht werden. Früher allerdings war dieselbe lebhaft bestritten, und erst Leonhards Schrift[1]) hat den Anstoß zu einer genaueren Prüfung gegeben, die zur Anerkennung eines im BGB. enthaltenen Prinzips einer Haftung für Verschulden beim Vertragsschlusse führen mußte, da man Leonhards Beweisgründe als richtig und durchschlagend anerkennen mußte. Leonhard brachte in seiner Abhandlung den Satz zum Ausdruck, daß das BGB. auf dem Standpunkte stehe, daß wie für ein Verschulden nach abgeschlossenem Vertrage auch für ein Verschulden beim Vertragsschlusse ein vertraglicher Haftungsanspruch gegeben sei. Er meinte, für die Annahme des Prinzips spreche das Bedürfnis, das frühere Recht und die Analogie bestehender Bestimmungen. Wenn Leonhard vielleicht auch gerade das Bedürfnis als maßgebenden Faktor etwas zu stark betont, so muß man ihm doch darin Recht geben, daß das Bedürfnis die Auslegung veranlassen muß, wenn irgend angängig, diesem entsprechend das Gesetz auszulegen. Wir würden daher Leonhards Satz, daß das Bedürfnis, das frühere Recht und die Analogie das Prinzip ergäben, besser so fassen, daß wir sagen, durch das Bedürfnis angeregt suchen wir dieses zu befriedigen und gelangen dabei zu der Annahme des Prinzips, das hervorgeht aus dem früheren Recht, dessen Einfluß auf das geltende wir feststellen und aus den besonderen Bestimmungen des Gesetzes, die den Gedanken als Ansatz des allgemeinen Prinzips enthalten. Denn wenn ein noch so starkes Bedürfnis vorhanden ist, und eine Abhilfe nur im Wege einer gegen die Gedanken des Gesetzes geübten Auslegung möglich ist, so kann eben nur ein gesetzgeberischer Eingriff Abhilfe schaffen. Leonhards sonstigen Gründen für die Annahme eines solchen in unserem BGB. enthaltenen Prinzips aber wird man unbedingt folgen müssen.

Wir sahen schon, daß den zur Zeit der Abfassung des BGB. in Deutschland geltenden Rechten ein nicht zu unterschätzender Einfluß auf die dem neuen Recht einverleibten Gedanken eingeräumt werden muß. Wenn nun diese Gesetze im großen und ganzen einen dem gesuchten Prinzip ähnlichen Gedanken enthielten, so wird man nicht fehlgehen, wenn man zu der Annahme geneigt ist, daß auch unser Gesetz diesen Gedanken enthalten wird, wenn man nicht Grund zu der Annahme hat, daß das BGB. diesen Gedanken fallen lassend mit dem Prinzip brechen wollte. Und wir meinen, daß dies aus keiner Bestimmung und

[1]) Leonhard, Verschulden beim Vertragsschluß 1910.

aus keinem Gedankengang unseres Gesetzes geschlossen werden kann. Auch die gerade für eine solche Frage sehr bedeutungsvollen Gesetzesmaterialien sprechen für die Annahme, daß das in den älteren Gesetzen enthaltene Prinzip in unser BGB. übergegangen ist. Wie wir schon oben sahen, deuten die Motive[2]) die Frage an, und überlassen sie im übrigen der Wissenschaft. Sie sagen damit doch geradezu, daß hier der Ansatz zu einem Rechtsgedanken gegeben wird, den auszuführen der Gesetzgeber sich nicht veranlaßt fühlte, dessen Ausbau er vielmehr der das Gesetz auslegenden Wissenschaft überlassen wollte. Auch die Protokolle sprechen sich dahin aus, daß die Verfasser des Gesetzes diesen Gedanken der Wissenschaft zum Ausbau überlassen wollten[3]).

Aus all dem ist man zu dem Schlusse berechtigt, daß der die Frage betreffende Rechtsgedanke in das BGB. übergegangen ist. Wir haben gesehen, wie es sich erklärt, daß man von der Einstellung einer allgemeinen Vorschrift abgesehen hat, und wie es kommt, daß man nur in Einzelbestimmungen dem Gedanken Rechnung getragen hat.

Und diese Einzelbestimmungen sind es, die ein weiteres Argument für unsere Annahme ergeben. Daß diese den Gedanken enthaltenden Einzelbestimmungen nicht zu dem Umkehrschlusse berechtigen, daß also sonst eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschlusse ausgeschlossen sei, wird sich noch im Folgenden zeigen.

Aus all dem glauben wir entnehmen zu müssen, daß unser BGB. auf dem Standpunkte stehe, daß auch für Verschulden beim Vertragsschlusse ein vertraglicher Haftungsanspruch einzutreten habe.

Damit ist aber zwingend gesagt, daß wir das Bedürfnis befriedigen müssen, da wir die Möglichkeit dazu anerkennen; und daß wir den Gedanken im Wege der Auslegung fortbildend, das Gesetz dahin auslegen müssen, daß wir für jedes Verschulden beim Vertragsschlusse einen vertraglichen Haftungsanspruch geben.

Im folgenden müssen wir uns noch mit den angeblich gegen die vertretene Meinung sprechenden Gründen auseinandersetzen.

Zunächst hat man angeführt, daß die Vorschrift des Art. 55 EGBGB. gegen die Art der Begründung des Prinzips aus dem früheren Recht spreche[4]). Diese Bestimmung läßt die Landesgesetze, soweit nichts anderes festgesetzt ist, außer Kraft treten. Damit aber ist keineswegs gesagt, daß auch alle diesen Gesetzen immanenten Gedanken von nun an für das neue Recht nicht mehr vorhanden sein sollen. Es werden vielmehr die landesrechtlichen Gesetze aufgehoben, weil das BGB. an ihre Stelle treten soll und sie auch soweit sie dem neuen Rechte ähnliche Rechtsgedanken enthalten, die Einheit stören würden. Nur insofern schafft das BGB. neues Recht, als die bestehenden Gesetze als solche aufgehoben werden. Damit ist aber keineswegs gesagt, daß das BGB. völlig neues Recht in dem Sinne schüfe, daß auch alle Rechtsgedanken der aufgehobenen Gesetze nicht mehr verwendet worden wären. Das würde der Art jeden Rechts, das doch gerade immer ein Produkt der Entwicklung darstellt, durchaus widersprechen. Das BGB. baut gerade auf den früheren Rechten auf. Gegen die Ansicht, daß

---

[2]) Siehe die Zitate § 3 zu 1.
[3]) Protokolle 2, S. 26 ff.
[4]) Ortner a. a. O. S. 7.

ein Gedanke des alten Rechts ins neue übergegangen sei, kann also der Art. 55 in keiner Weise sprechen. Gewiß sind manche Rechtsgedanken früherer Rechte fallen gelassen worden, aber gerade für unsere Frage ist der Nachweis zu führen gesucht worden, daß dies hier nicht geschehen ist.

Wir haben uns veranlaßt gesehen, ein allgemeines Haftungsprinzip für Verschulden beim Vertragsschlusse anzunehmen, wie durch andere Umstände so auch durch das Bestehen der besonderen im Gesetz zerstreuten Einzelbestimmungen. Aber gerade sie könnten den Anlaß geben, zu erwägen, daß also der Umkehrschluß nötig sei, daß die Fälle besondere Ausnahmen von dem sonst nicht anerkannten Prinzip der Haftung seien, die gerade zeigten, daß im übrigen das Gesetz eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschlusse ablehne. Das ist denn auch in der Literatur behauptet und als einzig richtig hingestellt worden[5]).

Gegen diese Annahme, daß der Gesetzgeber absichtlich mit der Einstellung der Vorschriften eine allgemeine Haftung ausschließen wollte, sprechen schon die Motive in ihren oben angeführten Erörterungen. Und auch die einzelnen Vorschriften sind nicht derart, daß man sie als Ausnahmen eines sonst nicht anerkannten Prinzips ansehen könnte. In den §§ 122, 179, 307 BGB. hat der Gesetzgeber ausdrückliche Bestimmungen gegeben, nicht weil er für andere Fälle eine solche Haftung ausschließen wollte, sondern weil er in dem Bewußtsein, sonst die Frage der Wissenschaft zu überlassen, hier besonders hervorstechende Fälle sah, in denen er, um Streit zu vermeiden, ausdrücklich das von ihm auch sonst als bestehend anerkannte Prinzip anwandte.

In den weiteren Bestimmungen der §§ 463, 523, 524, 600 BGB. wird der Ersatzanspruch dann gegeben, wenn ein arglistiges Verschweigen vorliegt. Wenn auch die Möglichkeit eines Umkehrschlusses, daß sonst also nicht gehaftet werde, hier näher liegen kann, so ist er doch auch hier nicht berechtigt. § 463 BGB. enthält eine Verschärfung der sonst gewöhnlich nur auf den Ersatz des negativen Vertragsinteresses gehenden Haftung auf das positive, volle Erfüllungsinteresse für den Fall der Arglist. Die näheren Ausführungen hierüber müssen den folgenden Erörterungen überlassen bleiben. Die Bestimmungen der §§ 523 und 524 BGB. enthalten eine für Schenker und Verleiher erklärliche Milderung der sonst auf jede Fahrlässigkeit gehenden Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß. In § 694 BGB. hat der Gesetzgeber wieder einen Anwendungsfall des Prinzips ausdrücklich statuiert, da die Haftung hier besonders naheliegend und erforderlich erschien.

Danach kann aus allen diesen Vorschriften ein Umkehrschluß nicht gezogen werden. Allein der § 463 BGB. kann zu berechtigten Zweifeln Anlaß geben. Aber auch hier werden wir in der erweiterten Steigerung der Haftung eine ungekünstelte und durchaus gerechtfertigte Erklärung finden.

Hingegen möchten wir aus dem Charakter dieser Bestimmung als besondere Regelungen für einen besonderen Fall den Schluß ziehen, daß sie nicht ohne weiteres auf andere Fälle analog angewendet werden dürfen. Deshalb halten wir die Ansicht Sibers[6]) nicht für richtig, der den § 694 BGB. einfach auf ähnliche Fälle analog anwenden will. Desgleichen dürfte es auch nicht zu-

[5]) Ortner a. a. O. III, 1, a.
Enneccerus, ältere Aufl. I, 2, § 266 III.
[6]) Plank-Siber, II, 1, S. 193.

läſſig ſein, im Sinne Brechts[7]) den § 307 BGB. analog anzuwenden. Vielmehr glauben wir, daß alle dieſe Vorſchriften nur in ihrer Geſamtheit betrachtet, den Schluß zulaſſen, daß wir in ihnen die Anerkennung des allgemeinen Haftungsprinzips finden. Wir meinen, daß ſich den genannten Beſtimmungen ähnliche und doch nicht unter ſie fallende Tatbeſtände nicht werden finden laſſen, da die Regelung nur für den ganz genau im Geſetz umgrenzten Fall paßt. In den ſpäteren Ausführungen wird ſich zeigen, im Wege welcher Konſtruktion der im Geſetze enthaltene Grundſatz einer vertraglichen Haftung für Verſchulden beim Vertragsſchluß auf andere im Geſetz nicht ausdrücklich geregelte Fälle angewendet werden kann. Hier ſoll nur behauptet werden, daß eine analoge Anwendung der einzelnen ausdrücklichen Beſtimmungen nicht möglich ſein dürfte.

Und heute kann man wohl ſagen, daß Theorie und Praxis die früher erhobenen Bedenken fallen gelaſſen haben und allgemein auf dem Standpunkte ſtehen, daß unſer Geſetz ein ſolches allgemeines Haftungsprinzip enthalte und daß der Anwendung desſelben auf nicht im Geſetz geregelte Fälle nichts im Wege ſtehe. Man ſtreitet heute wohl nur noch um die Konſtruktion, die die Anwendung des Prinzips auf die einzelnen Fälle ermöglicht und über die Einſchränkungen, die ihm gemacht werden müſſen.

Früher ſtand insbeſondere das Reichsgericht auf dem Standpunkte, daß unſer Geſetz ein allgemeines Prinzip ablehne. Es wurde geſagt, daß vertraglich nur ein Schuldner haften könne und daß ohne Vertrag eben nur eine Haftung aus unerlaubter Handlung eintreten könne[8]).
Erſt ſeit Leonhards Schrift hat das Reichsgericht ſeine Stellung zu der Frage geändert[9]) und hat von da an mit nur wenigen Ausnahmen angenommen, daß das Bedürfnis durch Annahme eines allgemeinen Haftungsprinzips befriedigt werden könne und müſſe. Nur in der Ausdehnung der Haftung und ihrer Konſtruktion ſchwankt das Reichsgericht.

Von den Schriftſtellern hat Ortner [10]) einen beſonders ſcharfen Standpunkt eingenommen, indem er jede Haftung für Verſchulden beim Vertragsſchluſſe ablehnt und in ſeinen Ausführungen zu dem Ergebnis kommt, daß aus dem BGB. auf eine Ablehnung des Prinzips geſchloſſen werden müſſe. Seine Gründe aber treffen, wie gezeigt, nicht zu.

Auch Enneccerus[11]) ſtand früher auf dem Standpunkt, daß ein allgemeines Haftungsprinzip abzulehnen ſei und erklärte die Fortbildung der in den einzelnen Beſtimmungen enthaltenen Gedanken für unzuläſſig. Jetzt aber hat er ſeine Anſicht erheblich vorſichtiger gefaßt[12]). Allerdings macht er auch jetzt noch Bedenken geltend, erkennt aber die Zuläſſigkeit der Fortbildung der in unſerem Geſetze enthaltenen, die Frage betreffenden Gedanken an.

Im übrigen ſteht, ſoweit wir ſehen, die Theorie einhellig auf dem Standpunkte, daß ein allgemeines Haftungsprinzip angenommen werden müſſe und

---

[7]) in Jher. Jahrb. Bd. 53, S. 282.
[8]) Recht 08 Nr. 3232, LZ. 1910, S. 80, Jur. Woch. 1910, S. 749. vgl. auch Hanſ. Ger. Zt. 908. Beibl. S. 22.
[9]) Zuerſt in Jur. Woch. 1912, S. 743.
[10]) Ortner a. a. O.
[11]) Enneccerus, ältere Aufl. I, 2, § 266 III.
[12]) Enneccerus Aufl. von 1923 I, 2, § 266 III.

daß für Verschulden beim Vertragsschlusse ein vertraglicher Haftungsanspruch zu geben sei[13]).

Am klarsten drückt sich Regelsberger aus, „denn daß eine solche Haftung mit der grundsätzlichen Regelung des Vertragsrechts und mit einer einzelnen Vorschrift des BGB. in Widerspruch stehe, wird niemand behaupten. Vielmehr fügt sie sich in das Ganze als wünschenswerte Ergänzung ein[14]).

Auch das Reichsgericht bezeichnet es jetzt als ausgemachte Sache, daß ein solches Prinzip des BGB. angenommen werden müsse und meint, daß der Grundsatz für den ordentlichen Verkehr nicht zu entbehren sei[15]). Dieser wird denn auch in allen neueren Entscheidungen anerkannt[16]).

Ja man kann sagen, daß eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschlusse nur in den bestimmten Einzelfällen anerkannt sei und mithin auf diese beschränkt bleiben müsse, zu ganz ungerechten und unsinnigen Folgerungen führen muß. Oertmann hat diese Folgen sehr treffend gekennzeichnet[17]). Der § 538 BGB. läß den Vermieter Schadensersatz wegen Nichterfüllung leisten, wenn zur Zeit des Abschlusses des Vertrages die Mietsache mit einem Mangel behaftet war und zwar ganz ohne Rücksicht auf Verschulden des Vermieters. Diese an und für sich schon harte Vorschrift würde ganz unverständlich sein, wenn nicht wenigstens wegen Verschuldens beim Vertragsschlusse auch sonst eine Haftung des Vermieters eintreten müßte. Wenn wir diese Haftung annehmen, so erklärt sich diese Bestimmung als eine Erweiterung der Haftung auch auf Mängel der Sache, die zur Zeit des Vertragsschlusses bestanden, ohne daß es auf ein Verschulden des Vermieters ankäme, daß zu erblicken sein könnte in seinem Verschweigen der Mängel beim Abschluß des Vertrages.

Des weiteren ist im BGB. gerade in Fällen eine Haftung für ein Verschulden beim Vertragsschlusse festgesetzt worden, in denen sonst das Gesetz gerade eine Milderung der Haftung eintreten läßt. Niemand wird leugnen, daß Schenker und Verleiher, die für ihre Leistungen keine Gegenleistung erhalten, mit Recht vom Gesetze einer milderen Haftung unterworfen werden als andere Vertragschließende, die Gegenleistungen erhalten. Nach unserem Gesetze hat der Schenker für arglistig verschwiegene Mängel der Sache Schadensersatz zu leisten. Wenn einer aber eine Sache zur Verarbeitung gibt, soll er bei Verschweigen von schadenstiftenden Mängeln trotz Vorliegens eines Verschuldens keinen Ersatz zu leisten brauchen. Der Verleiher haftet dem Leiher für den Schaden, der aus dem Verschweigen von Mängeln entstanden ist. Wenn nun einer eine Sache vermietet, dann soll ihn im gleichen Falle keine Haftung treffen. Daß eine solche Regelung der Gerechtigkeit Hohn sprechen würde, liegt auf der Hand, und man kann dem Gesetzgeber nicht ohne weiteres eine so ungerechte Behandlung dieser Sachlage zutrauen.

Auch aus diesen Erwägungen geht hervor, daß es der Standpunkt des Ge-

---

13) Vgl. Staudinger § 276 I, Hedemann S. 316 ff. Plank-Siber II, 1, S. 190, 4., Lindemann-Soergel S. 317. Regelsberger Jher. Jahrb. Bd. 58, S. 172., Stoll LZ. 1923, S. 522. Klein, Anzeigepflicht III, 2., v. Tuhr II, 1, S. 485, Brecht Jher. Jahrb. Bd. 53. S. 282. Oertmann, LZ. VIII, S. 513 und Komm. § 276 6e.

14) Jher. Jahrb. Bd. 58, S. 172.

15 R. G. Komm. § 376.

16 Vgl. RG. Bd. 107, S. 243, 103 f, 50.

17) LZ. VIII, S. 513.

setzgebers gewesen sein muß, daß bei jedem Verschulden beim Vertragsschlusse ein vertraglicher Haftungsanspruch gegeben sei.

Wie Oertmann[17]) erkennt, gibt der § 645 BGB. in seinem zweiten Absatz einen Hinweis auf dieses Haftungsprinzip des Gesetzes. Wenn das Werk infolge eines Mangels der vom Besteller gelieferten Sache untergeht, kann der Unternehmer Vergütung und Auslagenersatz verlangen. „Eine weiter gehende Haftung des Bestellers wegen Verschuldens bleibt unberührt.“ Diese Vorschrift kann nicht so gedeutet werden, daß man dann also einen weiteren Ersatzanspruch aus unerlaubter Handlung geltend machen könnte. Denn daß neben der Vergütung auch aus unerlaubter Handlung Ersatz verlangt werden kann, ist selbstverständlich. Es kann hier nur ein neben die Vergütung tretender vertraglicher Anspruch gemeint sein. Und dieser Anspruch soll bestehen können, wenn das Werk infolge eines Mangels des gelieferten Stoffes untergeht. Es kann sich also hier nur um ein Verschulden beim Vertragsschlusse handeln. Vor Abschluß des Vertrages wäre der Besteller verpflichtet gewesen, den Mangel mitzuteilen und so den Schaden zu verhüten. Diesen Ersatzanspruch wegen Verschuldens beim Vertragsschlusse läßt das Gesetz neben der Forderung auf Vergütung unberührt, und damit zeigt es geradezu, daß sein Standpunkt nur der sein kann, daß auch bei vorvertraglichem Verschulden ein vertraglicher Ersatzanspruch eintreten könne.

§ 5. Konstruktion der Anwendung des Prinzips.

I. Wenn wir im vorhergehenden festgestellt haben, daß wir berechtigt und verpflichtet sind, den unserem Gesetze bekannten Grundsatz der Haftung für Verschulden beim Vertragsschlusse dem Bedürfnis entsprechend fortzubilden, so müssen wir noch den Weg darlegen, auf dem diese Weiterbildung fortzuschreiten hat. Eine Haftung kann einem Rechtssubjekte nur dann auferlegt werden, wenn die Ersatzpflicht im Gesetze anerkannt und begründet ist. Wo dies nicht der Fall ist, hat jeder den ihn treffenden Schaden selbst zu tragen. Es ist mit anderen Worten ein Rechtsgrund für die Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß zu suchen. Die Feststellung allein, daß unser BGB. einen solchen Haftungsgrundsatz enthalte, sagt noch nicht, wie man diesen allgemeinen Gedanken des Gesetzes auf den einzelnen Fall vorvertraglichen Verschuldens anzuwenden hat. Wenn auch jetzt wohl über die Zulässigkeit der Weiterbildung des Grundsatzes in Literatur und Praxis nahezu Einigkeit herrscht, so ist man doch über den Weg dieser Fortbildung keineswegs einer Meinung. Alle erstreben dasselbe Ziel, wollen es aber auf verschiedenen Wegen erreichen.

Nach geschlossenem Vertrage entsteht eine vertragliche Ersatzpflicht einer Partei dann, wenn sie schuldhaft eine ihr obliegende Pflicht verletzt. Ein entstandener Schaden kann nur dann auf den Gegner abgewälzt werden, wenn er verursacht worden ist durch die Verletzung gewisser vertraglicher Pflichten durch diesen.

Von vertraglichen Pflichten wird man grundsätzlich nur reden können bei Vorliegen eines Vertrages, dessen Wesen ja gerade in der Begründung solcher Pflichten besteht. Die Frage ist hier also die, ob man auch schon für das Stadium der Vertragsverhandlungen solche vertraglichen Pflichten anerkennen

[17]) a. a. O.

kann. Denn nur dann ist es möglich, einen vertraglichen Ersatzanspruch für die Verletzung dieser Pflichten zu geben. Ohne deren Anerkennung könnte nur von allgemeinen Menschenpflichten und bei deren Verletzung also nur von einer Ersatzpflicht aus unerlaubter Handlung die Rede sein.

Und in der Tat wird man nicht umhin können, schon im Stadium der Vertragsverhandlungen solche vertraglichen Pflichten anzuerkennen. Diese Pflichten aber dürfen nicht in der Luft hängen, ihnen muß eine rechtliche Grundlage gegeben werden. Und dies soll im Folgenden in Würdigung der verschiedenen darüber aufgestellten Meinungen näher dargelegt werden.

Daß man diese Pflichten nicht ohne weiteres auf den kommenden Vertrag stützen kann, dürfte einleuchten, da zur Zeit der Vertragsverhandlungen ein Vertrag ja noch garnicht besteht.

Man hat nun geglaubt, diese vorvertraglichen Sorgfaltspflichten einfach darauf stützen zu können, daß man sagte, nach § 242 BGB. sei der Schuldner verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erforderten. Treu und Glauben erforderten aber, daß schon vor Vertragsschluß gewisse Sorgfaltspflichten einer Partei gegenüber dem Gegner anzunehmen seien. Schon vor Vertragsschluß beständen Pflichten, die andere Partei weder an Person noch an Vermögen zu schädigen. Insbesondere bestehe die Pflicht, dem Gegner die Tatsachen mitzuteilen, die für seinen Willensentschluß von maßgebender Bedeutung seien, deren Vorliegen ihn zum Vertragsschluß bestimmen und deren Fehlen ihn von einem solchen abhalten müsse und umgekehrt. Mit anderen Worten sei der Grundsatz des § 242 zur Begründung von vertraglichen und vorvertraglichen Pflichten gleichermaßen maßgebend.

Von diesem Gedanken ist insbesondere das Reichsgericht ausgegangen und hat ihn auch in neueren Entscheidungen noch beibehalten[1]). Es macht für seine Ansicht insbesondere geltend, daß es nicht einzusehen sei, warum die spätere Vertragspartei berechtigt sein sollte, vor Abschluß des Vertrages sich einer geringeren Sorgfalt zu befleißigen als nach Abschluß. Vertrag und Vorverhandlungen bildeten ein untrennbares Ganzes. Man könnte sie nicht unabhängig von einander behandeln, und auf beide sei daher der Grundsatz des § 242 BGB. in gleicher Weise anzuwenden. Auf diesem Wege kommt das Reichsgericht zu der Annahme vorvertraglicher Pflichten, deren Verletzung dann einen vertraglichen Ersatzanspruch erzeugen kann.

Diese Art der Konstruktion vertraglicher Pflichten vor Abschluß eines Vertrages muß aber den größten Bedenken unterliegen. Der § 242 spricht nur von der Auslegung einer einem Vertragsschuldner obliegenden Pflicht und von einem Vertragsschuldner kann man erst reden, wenn ein Vertrag zwischen den Parteien zustandegekommen ist. Vor Abschluß könnte man nur von einem Schuldner der Vorverhandlungen reden, der § 242 aber spricht doch nur von einem Schuldner im Sinne einer Vertragspartei. Erst mit Abschluß des Vertrages entstehen für den Vertragsschuldner vertragliche Pflichten, deren Auslegung dann gemäß § 242 BGB. nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte vorzunehmen ist. Auch der Annahme, daß Vertrag und die zu ihm

---

[1]) Jur. Woch. 1912, S. 743. R. G. E. 95, S. 58, R. G. E. 97, S. 325 (wo auf die vorhergehenden Entscheidungen Bezug genommen wird.) R. G. E. 107, S. 394. 108, S. 408.

führenden Verhandlungen ein untrennbares Ganzes bildeten, kann nicht zugestimmt werden. Gewiß gehören zu jedem Vertrage diesem vorausgehende Verhandlungen. Aber diese sind doch noch nicht der Vertrag selbst und was für den nachfolgenden Vertrag gilt, kann noch nicht auf diese Verhandlungen Anwendung finden. Zwar treten die Parteien schon mit Eintritt in die Vertragsverhandlungen aus ihren allgemeinen Menschheitsbeziehungen heraus in eine nähere Berührung, aber erst mit Abschluß des Vertrages verdichten sich diese Beziehungen zu vertraglichen. Gewiß sollen Treu und Glauben den ganzen Rechtsverkehr beherrschen, aber vertragliche Pflichten kann man erst nach Vertragsschluß auf Treu und Glauben gründen. Dieser Art einer Konstruktion vorvertraglicher Pflichten durch das Reichsgericht, wird man daher die Berechtigung und Folgerichtigkeit absprechen müssen. In seinem Streben, die als notwendig und auch zulässig erkannte Fortbildung des Rechts vorzunehmen, geht das Reichsgericht hier falsche Wege.

In ähnlicher Weise wendet auch Hedemann[2]) den Satz, daß man alles unterlassen müsse, was den Vertragszweck gefährden könne, einfach auf die Vertragsverhandlungen an. Auch er gründet schon vor Abschluß des Vertrages anzunehmende Pflichten auf Treu und Glauben in Anwendung des § 242 BGB.

Auch Oertmann will den Grundsatz des § 242 BGB. auf die Vertragsverhandlungen anwenden und will nach Treu und Glauben in diesem Stadium des Vertrages zu der Annahme vorvertraglicher Sorgfaltspflichten kommen[3]). Während aber das Reichsgericht diese Begründung auch für den Fall als zutreffend hinstellt, daß eine Vertragspartei infolge fahrlässiger Unkenntnis von Tatsachen diese vor Vertragsschluß nicht mitteilte und so den Gegner schädigte, meint Oertmann, daß man nur in den Fällen vorsätzlichen Verschweigens von einer auf § 242 gegründeten vorvertraglichen Pflicht bei den Vertragsverhandlungen reden könne. Er meint, eine Partei sei verpflichtet, nach Abschluß des Vertrages dem Gegner die Tatsachen mitzuteilen, die für ihn von Bedeutung seien. In gleicher Weise sei es aber die Pflicht der späteren Vertragspartei, diese Tatsachen schon vor Abschluß des Vertrages mitzuteilen. Diese schon vor Abschluß bestehende Pflicht verstärke sich noch mit Abschluß des Vertrages. Die Partei befinde sich dann in einem Dauerverschulden. Die aus § 242 sich ergebende Pflicht bestehe also wie nach Abschluß so auch schon vor Abschluß und man könne daher für die Verletzung der fortbestehenden Pflicht einen vertraglichen Ersatzanspruch geben, da ja dieselbe Pflicht auch durch die Nichtmitteilung nach Vertragsschluß verletzt sei.

Wenn aber der Gegner dadurch geschädigt worden ist, daß wichtige Tatsachen die der anderen Partei infolge Fahrlässigkeit nicht bekannt waren, ihm nicht vor Vertragsschluß mitgeteilt wurden, so gibt Oertmann zu, daß dann natürlich von ihr nicht die Mitteilung dieser unbekannten Tatsachen verlangt werden könne.

Wenn diese Ansicht auch vielleicht einige Berechtigung haben mag, so ist durch sie doch kaum viel geholfen. Wenn man in der Lage ist, eine vorvertragliche Pflicht auch noch als nach Abschluß weiter bestehend anzuerkennen, so dürfte die Feststellung, daß die Pflicht auch schon vor Vertragsschluß bestand, nicht viel Bedeutung haben; da man dann ja wegen der Vertragsverletzung

[2]) Hedemann, Schuldrecht S. 318.
[3]) Rechtsordnung und Verkehrssitte S. 45 und LZ. VIII, S. 513.

einen vertraglichen Ersatzanspruch wird ohne Schwierigkeit feststellen können. Und wenn die Tatsache, die nach Vertragsschluß hätte mitgeteilt werden müssen, nach Abschluß wirklich mitgeteilt wird, und dann schon ein Schade entstanden ist, so könnte man für die Verletzung der vorvertraglichen Pflicht kaum einen Ersatzanspruch geben, da der Pflicht ja nach Abschluß dann genügt wäre. Im übrigen läßt uns diese Konstruktion ja gerade für die wichtigsten Fälle der Fahrlässigkeit im Stich. Auch wenn es zu keinem Abschluß gekommen ist, wird man kaum mit ihr etwas anfangen können. Wenn Oertmann auch auf diese Weise wird für einige Fälle Abhilfe schaffen können, so werden doch viele noch ungelöst bleiben und es werden besser auch diese einheitlich mit den anderen eine Lösung finden.

Wir sehen also, daß man auf diese Weise auf § 242 BGB. keine vorvertraglichen Pflichten gründen kann. Eine Ausdehnung dieser Bestimmung auf die Vertragsverhandlungen muß als unzulässig und willkürlich bezeichnet werden. Erst muß ein Schuldverhältnis nachgewiesen werden, ehe man von der Entstehung von Pflichten nach § 242 BGB. reden kann[4]). Dieser Weg also kann nicht zu einer befriedigenden Lösung führen.

II. des weiteren hat man die Bestimmung des § 276 BGB., wonach der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat, direkt oder wenigstens entsprechend auf die Vertragsverhandlungen angewandt. Man hat gesagt, daß wie bei einem bestehendem Vertrage auch vor Abschluß desselben eine vorsätzliche oder fahrlässige Schädigung der anderen Partei einen vertraglichen Ersatzanspruch begründen müsse.

So finden wir bei Woltersdorf[1]) die Meinung vertreten, daß in dem Sinne der § 276 eine ganz allgemeine Bedeutung habe. Dieser bezeichnet es als ein Kleben am Wortlaute, wenn man hier streng die Bestimmung auf ein Handeln des Vertragsschuldners begrenzen wollte.

Auch das Reichsgericht will den § 276 entsprechend auf die Vertragsverhandlungen anwenden. Dieses erkennt allerdings die Bedenken einer solchen Konstruktion an, hilft sich aber mit seiner auf Treu und Glauben gestützten Annahme von Pflichten vor Abschluß eines Vertrages. Das Subjekt dieser vorvertraglichen Pflichten wird in demselben Sinne wie das Subjekt der Vertragspflichten als Schuldner angesehen. Das Reichsgericht will also den Schuldner der Vorverhandlungen nach § 276 haften lassen. Diesen Gedanken finden wir in fast allen Entscheidungen wiederkehrend[2]). In den neueren gibt sich das Reichsgericht dann garnicht mehr die Mühe, eine rechtliche Begründung der vorvertraglichen Pflichten und der daraus herzuleitenden vertraglichen Haftpflicht zu geben, sondern es stellt das Bestehen einer vertraglichen Haftung als etwas ganz Selbstverständliches hin, was als allgemein feststehend anzusehen wäre.

Auch diese Art der Konstruktion muß den größten Bedenken unterliegen. Wie wir schon sahen, kann die Anwendung des § 242 auf die Vertragsverhandlungen eine richtige Begründung von vorvertraglichen Pflichten nicht gewähren. In den Entscheidungen des Reichsgerichts hängen also schon diese vorvertrag-

---

[4]) Vgl. Stoll, in LZ. 1923, S. 540.

[1]) Woltersdorf, Haftung für Abschluß von Rechtsgeschäften S. 25.

[2]) RG. Bd. 95, S. 58, Rechts von 1919 Nr. 1938 Jur. Woch. von 1912, S. 743. R. G. E. Bd. 97, S. 325.

lichen Pflichten in der Luft. Auf die Verletzung dieser Pflichten wird nun noch der § 276 angewendet. Auch wenn man schon eine Gründung der vorvertraglichen Pflichten auf § 242 als richtig bezeichnen könnte, so dürfte selbst dann eine Anwendung des § 276 auf diese Pflichten noch nicht ohne weiteres gegeben sein. § 276 spricht doch nur von dem Grade des zu vertretenden Verschuldens eines Schuldners. Aus der Stellung der Bestimmung im Gesetze und aus dem bestimmten technischen Sinne des Wortes Schuldner ergibt sich aber, daß hier nur das Subjekt von Pflichten eines bestehenden Vertrages gemeint sein kann. Ueber den Ausdruck, „der Schuldner hat“ u. s. w. kann man eben auf so leichte Weise nicht hinwegkommen. Hier ist nur die Rede von einem Vertragsschuldner. Und ein Subjekt vorvertraglicher Pflichten kann eben nicht als ein Vertragsschuldner bezeichnet werden. Demzufolge kann auch auf den nur mit demselben Ausdrucke bezeichneten Schuldner der Vorverhandlungen der § 276 nicht angewendet werden. Wenn nun weiter das Reichsgericht annimmt, daß eben der Schuldner des Vertrages und der Schuldner der Vorverhandlungen auch im Sinne des Gesetzes der gleiche seien, da ja die Verhandlungen und der nachfolgende Vertrag eine Einheit bildeten, so könnte man doch nur dann von einer Anwendung des § 276 reden, wenn wirklich nachher ein Vertrag zustandekommt, denn nur dann könnte man von einer Einheit des Vertrages und der Verhandlungen reden. Und doch nimmt das Reichsgericht keinen Abstand, auch dann seine Konstruktion unverändert bestehen zu lassen, wenn ein auf die Verhandlungen folgender Vertrag garnicht vorliegt, und wenn es bei den Verhandlungen geblieben ist und hier schon eine schuldhafte Schädigung des Gegners vorliegt[3]).

Das Reichsgericht stellt die vertragliche Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß dann einfach als etwas Gegebenes hin und sagt, daß es nicht einzusehen sei, warum nicht auch bei Nichtabschluß eines Vertrages diese Haftung nicht solle eintreten können. Es übersieht hier aber, daß es ja gerade früher die Begründung der Haftung auf den später abgeschlossenen Vertrag gestützt hat.

Man kann doch unmöglich einen Vertrag, der garnicht abgeschlossen ist und die Verhandlungen die zu dem Abschluß führen sollten, eine Einheit nennen. Man kann auch nicht aus einem nicht abgeschlossenen Vertrage Pflichten für Vertragsverhandlungen herleiten. Auf diese rechtlich unbegründeten Pflichten kann dann auch nicht der § 276 BGB. angewendet werden.

Gegen diese Art der Begründung vertraglicher Pflichten im Falle des nichtzustandegekommenen Vertrages wendet sich auch Richter[4]). Er nimmt aber keinen Anstand, den § 276 dann auf das Stadium der Verhandlungen anzuwenden, wenn ein gültiger Vertrag später wirklich zustandekommt. Er zieht aus der falschen Konstruktion des Reichsgerichts nur die Folgerung, daß eben bei Nichtzustandekommen eines Vertrages von einer vertraglichen Haftung wegen Verschuldens beim Vertragsschlusse nicht die Rede sein könne, anstatt sich umgekehrt zu sagen, daß daraus auf die Unrichtigkeit der reichsgerichtlichen Konstruktion überhaupt geschlossen werden müsse.

Man sieht also auch hier, daß das Reichsgericht in seinem Streben, eine

[3]) RGE. 97, 325.
[4]) Jur. Woch. 1921, S. 664.

Begründung der als notwendig anerkannten Haftung zu geben, falsche Wege geht und seine Haftung auf rechtlich nicht zu haltender Konstruktion aufbaut.

Auf diese Weise also ist eine Konstruktion einer Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß nicht möglich. Man muß sich noch einmal vergegenwärtigen, daß nicht allein bei Abschluß des Vertrages das Bedürfnis und die Billigkeit einen vertraglichen Ersatzanspruch für Verschulden beim Vertragsschluß fordern, sondern daß auch bei Nichtzustandekommen des Vertrages ein vertraglicher Ersatzanspruch für Verschulden dringend erforderlich ist. Eine Stütze an dem zu schließenden Vertrage kann also eine Konstruktion einer solchen Haftung nicht finden. Nur dann kann eine solche befriedigen, wenn man ganz von dem späteren Vertrage absieht und allein aus den Vertragsverhandlungen eine Haftungsgrundlage herleitet, die dann für alle Fälle des Bedürfnisses eine befriedigende Lösung zu geben imstande ist.

III. Zu einer allen Fällen gerecht werdenden Konstruktion kann man nur dann kommen, wenn man die Vertragsverhandlungen selbständig und gesondert von einem nachfolgenden Vertragsschlusse behandelt.

In Vorverhandlungen, die zu dem Abschlusse eines Vertrages führen sollen, kann ausdrücklich oder stillschweigend der Abschluß eines besonderen auf einen kommenden Vertrag gerichteten Vorvertrages liegen. Bei einem solchen Vorvertrage einigen sich die Parteien bereits über den späteren Vertragsschluß, sie schließen in dem Vorvertrage einen besonderen Vertrag, der nur die Eigenart hat, daß er auf einen weiteren, später zu schließenden Vertrag gerichtet ist. In diesem Sinne kann man in manchen Vertragsverhandlungen den Abschluß eines selbständigen Vorvertrages erblicken[1]). Hier ist bei schuldhafter Verletzung der aus diesem Vertrage entspringenden Pflichten die Annahme einer vertraglichen Haftung klar und unbedenklich. Aber die Auslegung der Verhandlungen wird nicht allzu oft zu der Annahme eines besonderen Vertragsschlusses kommen können, da dieses den Parteiwillen doch meistens garnicht entsprechen wird und nur in ganz wichtigen Fällen anzunehmen sein wird.

Wenn wir im Folgenden für die Ansicht eintreten, daß in allen Vertragsverhandlungen die Abschließung eines vertragsähnlichen vorbereitenden Schuldverhältnisses liegt, so ist dieses nicht mit einem solchen Vorvertrage wesensgleich. Dieses vorbereitende Schuldverhältnis unterscheidet sich von einem Vorvertrage dadurch, daß bei diesem bereits eine Einigkeit der Parteien über den abzuschließenden Vertrag vorliegt, daß bei ihm ein besonderer Abschluß, mag er nun ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen, erforderlich ist, während bei jenem von einem besonderen Vertragsschluß nicht die Rede sein kann, sondern allein in dem Eintritt in die Verhandlungen die Eingehung eines vertragsähnlichen Schuldverhältnisses erblickt wird. Auch besteht bei unserem Schuldverhältnis noch keine Einigung über den abzuschließenden Vertrag, sondern diese wird erst durch den späteren Abschluß herbeigeführt. Nur aus dem Zwecke des Eintritts in Vertragsverhandlungen und aus dem Parteiwillen, der bereits eine gewisse Bindung im Stadium der Vertragsverhandlungen bezweckt, schließen wir auf das Bestehen eines solchen vorbereitenden Rechtsverhältnisses.

Die Annahme eines solchen in den Vertragsverhandlungen liegenden Schuld-

---

1) Vgl. Planck-Siber II, 1, S. 193,4. c.

verhältnisses ist nicht neu, sondern hat schon früher Erwähnung gefunden. Damals aber erkannte man noch nicht den großen Wert dieser Konstruktion für unsere Frage. Das Reichsgericht hat schon früher[2]) eine vertragliche Haftung des Warenhausbesitzers für eine fahrlässige Verletzung eines Besuchers durch einen Angestellten damit begründet, daß es in der Tatsache des Betretens des Hauses mit Einwilligung des Inhabers und in den auf einen Kaufabschluß gerichteten Verhandlungen bereits den Abschluß eines vertragsähnlichen Verhältnisses annahm, das gewisse Sorgfaltspflichten des Hausinhabers und seiner Leute mit sich bringt. Allerdings mag das Reichsgericht besonders durch die Erwägung zu dieser Ansicht gekommen sein, daß ja gerade bei Warenhäusern die Annahme eines solchen vorbereitenden Vertragsverhältnisses besonders naheliegt. Der Inhaber ladet die Vorbeikommenden ein, sein Haus ohne Kaufzwang zu betreten. Wer nun dieser Einladung Folge leistet, schließt damit stillschweigend mit dem Inhaber einen Vertrag ab, dem besondere Sorgfaltspflichten desselben entspringen. Allein das Reichsgericht hat die Annahme eines solchen Vertragsschlusses nur dann als zutreffend angenommen, wenn außer dem Betreten des Hauses der Gast auch bereits Kaufverhandlungen begonnen hatte. So ist in einer anderen Entscheidung[3]), die gleichfalls die Haftung des Warenhausinhabers betrifft, eine Haftung aus dem Grunde abgelehnt worden, weil es noch nicht zu Vertragsverhandlungen gekommen sei. Im übrigen zeigt der Umstand, daß bei anderen Verträgen das Reichsgericht an eine solche Annahme nicht gedacht hat, deutlich, daß hier nur gerade die besondere Art des Warenhauskaufes den Anstoß zu einer derartigen Betrachtung der Verhandlungen gegeben hat. Des weiteren erscheint auch hier die Begrenzung der Annahme auf den Fall des Eintritts in Vertragsverhandlungen als zu eng und ungerechtfertigt, denn wenn überhaupt, muß man schon in dem bloßen Betreten des Hauses den Abschluß eines solchen vorbereitenden Vertrages erblicken. Für unsere Frage aber hat das Reichsgericht diese Konstruktion nicht verwertet. Erst jetzt in neuester Zeit scheint es, als ob es seine früher in unserer Frage geübte von uns als abwegig bezeichnete Konstruktion fallen lassen will und ebenfalls dazu übergehen will, in allen Fällen einer Vertragsverhandlung den Abschluß eines vorbereitenden Schuldverhältnisses zu erblicken.

Während viele Schriftsteller aus diesem Gesichtspunkte heraus zu der Frage noch keine Stellung genommen haben, bezeichnen einige es als bedenklich, in allen Fällen ein solches vorbereitendes Rechtsverhältnis anzunehmen[5]). Diese meinen, daß eine solche Annahme zu einer willkürlichen und die Bahnen des Gesetzes verlassenden Auslegung führen müsse. Allein daß diese Befürchtung nicht zutreffen kann, wird sich noch im Folgenden zeigen.

Ein großer Teil der die Frage behandelnden Schriftsteller hat indessen die Richtigkeit der Konstruktion eines solchen vorbereitenden Rechtsverhältnisses anerkannt.

Zuerst war es wohl Fischbach[6]), der auf eine dementsprechende Bedeutung

---

[2]) R. G. E. Bd. 78, S. 239.

[3]) Warn. Erg. Bd. 1912, Nr. 418.

[4]) R. G. E. Bd. 107, S. 362 (insoweit hier den unsere Konstruktion anwendenden Stoll verwiesen wird).

[5]) Vgl. Joseph. Recht 1916, S. 474. Kiehl Jur. Woch. 1914, S. 504.

[6]) Arch. bg. Recht. Bd. 41, S. 160 ff.

der Vertragsverhandlungen hingewiesen hat. Er fand dann die Eingehung eines vertragsähnlichen Rechtsverhältnisses durch die Parteien, wenn diese sich mit rechtsgeschäftlicher Absicht in Vertragsverhandlungen eingelassen hatten. Allein auch er hat die Bedeutung dieser Konstruktion für unsere Frage noch nicht entsprechend verwertet.

In der neueren unsere Frage betreffenden Literatur ist dieser Gesichtspunkt denn auch des öfteren verwertet worden. Viele Schriftsteller haben diesen Weg einer Konstruktion als den am besten zum Ziele führenden vorgeschlagen[7].)

Schon die Motive[8]) enthalten ja den Hinweis auf eine solche Annahme. Dort wird gesagt, daß andere als die da bezeichneten Wirkungen eines nichtigen Rechtsgeschäfts nicht aus diesem selbst, sondern aus einem in dem äußeren Akte sich findenden besonderen Tatbestande erzeugt würden. Damit ist doch offenbar gemeint, daß bei Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes bereits durch die Tatsache von Verhandlungen und eines äußeren Hervortretens besondere mit dem Rechtsgeschäft verknüpfte Wirkungen erzeugt werden könnten.

Wir glauben, daß dieser Gedanke wohl am meisten dazu angetan ist, die bestehenden Schwierigkeiten zu beseitigen und für alle Fälle des Bedürfnisses eine voll befriedigende Lösung zu geben.

Wir meinen aber auch, daß die Annahme eines solchen vorbereitenden Schuldverhältnisses durchaus nicht der Vorwurf treffen darf, diese Konstruktion sei gekünstelt und an den Haaren herbeigezogen. Hiergegen führt Siber[9]) sehr mit Recht den § 157 BGB. an, der doch besagt, daß Verträge nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auszulegen seien. Wir bleiben aber im Rahmen von Treu und Glauben und im Rahmen der Verkehrssitte, wenn wir die den Vertrag bezweckenden Verhandlungen so auslegen, daß wir in ihnen bereits Pflichten der Parteien feststellen, die ein vertragsähnliches Schuldverhältnis im Stadium der Vertragsverhandlungen erkennen lassen.

Die Ansicht braucht auch nicht den Einwand zu fürchten, daß sie etwas Lebensfremdes enthalte, wenn sie ein Rechtsverhältnis mit Rechtspflichten in den den Abschluß eines Vertrages bezweckenden Verhandlungen erblickt. Wir möchten keinen Anstand nehmen, zu behaupten, daß es sehr wohl den Anschauungen des Lebens und des Verkehrs entspricht, daß schon durch die Vertragsverhandlungen gewisse Pflichten der Parteien begründet werden. Auch schon die Vertragsverhandlungen sind nach den Anschauungen des Verkehrs nicht ganz ohne Bindung. So tritt ja auch schon durch die Abgabe einer Offerte eine Bindung an diese ein. Wenn zwei Parteien in Vertragsverhandlungen stehen, so wird von der Abgabe der Offerte oder von der Aufforderung zum Eintritt in die Verhandlungen an sich jede Partei in einem gewissen Sinne bereits gebunden fühlen. Der Anbietende wird sich sagen, daß ihm bereits die Pflicht obliege, neben seinen eigenen Interessen auch die des Gegners in wichtigen Punkten nicht zu schädigen, daß er somit die Pflicht habe, gewisse Aufklärungen des Gegners vorzunehmen. Er wird sich verpflichtet fühlen, demzufolge gewisse für den Abschluß besonders wich-

[7]) Loewenwärter in Jur. Woch. 1921, S. 1307 von Tuhr II 1, S. 488, III, S. 463. Hedemann S. 316 ff. Stoll in LZ. 1923, S. 532 ff. Siber in Jher. Jahrb. Bd. 70, S. 258/59. v. Tuhr in Arch. Ziv. Pr. Bd. 121 n. F. 1, S. 360.

[8]) Mot. I, S. 217.

[9]) Siber in Jher. Jahrbüchern Bd. 70, S. 259.

tige Merkmale des Geschäftsgegenstandes seinem Gegner darzutun und überhaupt das Gefühl haben, daß er schon durch Eintritt in die Vertragsverhandlungen zu seinem Gegner in nähere rechtliche Beziehungen gekommen sei. Auch der Gegner wird sich verpflichtet fühlen, die Interessen der anderen Vertragspartei nicht zu schädigen und auf deren Offerte hin die nötigen Schritte zu unternehmen und nicht gegen Treu und Glauben das Zustandekommen des Vertrages zu verhindern. Jeder Mensch wird fühlen, daß durch den Eintritt in Vertragsverhandlungen bereits zwischen den Parteien eine nähere Beziehung obwaltet, die späteren Vertragsbeziehungen nahe kommt und bereits Rechtspflichten zu erzeugen imstande ist.

Diesen vertragsähnlichen Charakter der Vorverhandlungen kann man rechtlich bereits als Schuldverhältnis mit besonderen Wirkungen bezeichnen. Wir sehen, daß nach den Anschauungen des Lebens eine Annahme eines solchen Schuldverhältnisses garnicht aus dem Rahmen des Parteiwillens und der Parteiabsichten herausfällt, und deshalb glauben wir, daß man durchaus berechtigt ist, entsprechend diesen Anschauungen bereits vor Abschließung des Vertrages in den Vertragsverhandlungen ein besonderes Schuldverhältnis zu sehen, dem besondere Sorgfalts- und Mitteilungspflichten entspringen.

Wir erblicken also in jeder einen Vertragsschluß bezweckenden Verhandlung ein Rechtsverhältnis vertragsähnlichen Charakters. Dieses wird zur Entstehung gebracht durch die Abgabe einer Offerte oder durch die Aufforderung zum Eintritt in Vertragsverhandlungen. Es hindert nun nichts, in diesem als Schuldverhältnis erkannten Rechtsgebilde die Bestimmungen der §§ 242 und 276 BGB. zur Anwendung zu bringen. Diese Bestimmungen gelten ja allgemein für alle Schuldverhältnisse aber auch nur für solche. Wir werden jetzt im Stadium der Vertragsverhandlungen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte feststellen, welche Pflichten als den Parteien obliegend angenommen werden können. Wir lassen nach § 276 wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Verletzung dieser Pflichten einen vertraglichen Schadensersatzanspruch eintreten. Alles Folgen, die der Gerechtigkeit und Billigkeit und den Bedürfnissen des Verkehrs durchaus entsprechen. Wir können hier die richtigen Gedanken der als unzutreffend erkannten Konstruktionsversuche verwenden. Auch hier werden die den Parteien obliegenden Pflichten aus § 242 BGB. hergeleitet, aber hierbei wird nicht der Fehler begangen, die Anwendung des § 242 aus dem später abzuschließenden Vertrage herzuleiten. Wir wenden nur dem Gesetze entsprechend die §§ 242 und 276 BGB. auf ein besonderes Schuldverhältnis an. Damit aber steht der Weg zu einer das Bedürfnis befriedigenden Auslegung des Gesetzes in seinem Sinne offen.

Welche große Bedeutung die Annahme eines solchen vorbereitenden Schuldverhältnisses auf die Entscheidung der in Frage stehenden Fälle hat, wird aus dem Folgenden noch näher hervorgehen. Auch Oertmann[10] erkennt an, daß dieser Gedanke eine große rechtspolitische Zukunft habe und daß ihm eine große Bedeutung beizumessen sei. Er warnt aber vor allzugroßer Freiheit bei der Behandlung der Frage und fürchtet, daß damit ein allzugroßer Subjektivismus Platz greifen könne. Auch wir glauben, daß man mit der Annahme solcher aus

[10]) Arch. Ziv. Pr. Bd. 121 n. F. 1, S. 127.

einem vorbereitenden Schuldverhältnis hervorgegangener Pflichten sehr vorsichtig sein muß, da man immer daran denken muß, daß gerade im Stadium der Vertragsverhandlungen ein gewisser gesunder Egoismus auf Seiten der Parteien durchaus am Platze ist und seine Berechtigung hat und gerade dazu angetan ist, einen regen Verkehr zu fördern.

Eine richtige Anwendung des § 242 aber, eine richtige Abgrenzung dessen, was man nach Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte von den Vertragschließenden verlangen kann, wird diese Gefahren vermeiden lassen, die durch eine zu weite Erstreckung des Pflichtenkreises bei den Vertragsverhandlungen sich ergeben würden.

Um das bisher Erörterte noch einmal kurz zusammenzufassen. Wir erkennen ein Bedürfnis, auch bei einem Verschulden bei Vertragsverhandlungen einen vertraglichen Schadensersatzanspruch eintreten zu lassen. Wir sehen, daß es ein unserem Gesetze innewohnender Gedanke ist, daß auch bei den Vertragsverhandlungen Pflichten entstehen können, durch deren Verletzung ein vertraglicher Ersatzanspruch für die geschädigte Partei entstehen kann. Hieraus leiten wir die Befugnis zur Weiterbildung unseres Rechts in diesem Sinne ab. Beim Suchen nach einer möglichst alle Fälle des Bedürfnisses befriedigenden Konstruktion kommen wir zu der Annahme, daß bereits durch das Vertragsangebot oder durch die Aufforderung zum Eintritt in die Vertragsverhandlungen ein vertragsähnliches Schuldverhältnis entsteht, das nach Treu und Glauben abzuwägende Pflichten der Parteien enthält, für deren Verletzung ein vertraglicher Ersatzanspruch gegeben werden muß.

§ 6. Ausdehnung der Anwendungsmöglichkeit des Prinzips.

I. Wie wir schon an den oben gegebenen Beispielen sahen, liegen die einzelnen Fälle, in denen eine Schädigung des Gegners durch Verschulden beim Vertragsschluß denkbar ist, einander in ihrer Beziehung zu dem durch die Verhandlungen bezweckten Vertrage nicht gleich. Wir können hier die Fälle unterscheiden, in denen auf Grund der Verhandlungen ein gültiger Vertrag abgeschlossen worden ist, weiter die Fälle, in denen es zwar zu einem Vertragsschlusse gekommen, dieser aber aus irgend einem Grunde der Nichtigkeit verfallen ist und schließlich die Fälle, in denen nicht einmal der äußere Schein eines Vertragsschlusses vorliegt, es also überhaupt bei den Vertragsverhandlungen geblieben ist. Da in der Literatur und Praxis diese verschiedenen Möglichkeiten der Beziehung der Verhandlungen zu dem abzuschließenden Vertrage nicht einheitlich betrachtet werden, und da man bei ihnen Unterschiede in der Behandlung der Frage machen zu müssen glaubt, wollen wir prüfen, ob sich solche in der Betrachtung der einzelnen Fälle wirklich rechtfertigen lassen.

Wir wollen dabei von der unserem ersten Beispiele entsprechenden Sachlage ausgehen, daß auf Grund der Verhandlungen, in denen es zu einer schuldhaften Schädigung des Gegners gekommen ist, ein gültiger Vertrag abgeschlossen worden ist. Von diesen Fällen ist man auch bei der Behandlung der Frage überhaupt ausgegangen. Man kann wohl jetzt mit Fug behaupten, daß in der neueren Literatur und Praxis ein Zweifel an der Begründetheit eines vertraglichen Ersatzanspruches wegen Verschuldens beim Vertragsschlusse hier nicht mehr besteht.

Viele Schriftsteller aber beschränken die Anerkennung des Ersatzanspruches gerade auf diesen Fall, indem sie sagen, daß von einem Ersatzanspruch wegen Verschuldens beim Vertragsschlusse nur bei Vorliegen eines gültigen Vertrages die Rede sein könne. Vor allem wird häufig behauptet, daß nur hier eine Schutzwürdigkeit vorliege. So beschränkt Leonhard[1]) die Anwendbarkeit seines Prinzips auf den Fall des nachherigen gültigen Vertragsschlusses und ist der Ansicht, daß ohne einen solchen nur eine Haftung aus unerlaubter Handlung in Frage kommen könne. Diese Einschränkung hängt eng zusammen mit der von Leonhard gewählten Konstruktion, bei der mangels eines nachfolgenden gültigen Vertragsschlusses es an jeder Grundlage für die Haftung fehlen würde, da die vertragliche Pflicht nach ihm sich ja gerade aus dem nachfolgenden Vertrage ergibt. Aehnliche Gründe haben auch das Reichsgericht veranlaßt, die Haftung auf den Fall des gültigen Vertragsschlusses zu beschränken. Darauf fußen alle älteren die Frage behandelnden Entscheidungen und noch im 95.[2]) Bande spricht es den Satz aus, daß, wenn es zu „gültigem Vertragsschlusse komme, jeder Teil müsse darauf vertrauen können, daß seine Vertragsinteressen nicht gegen Treu und Glauben von dem anderen Teil mißachtet worden seien oder demnächst mißachtet würden.“ Erst im 97. Bande[3]) scheint es seine Ansicht geändert zu haben. Während in der ersten der beiden in diesem Bande enthaltenen Entscheidungen die Frage ganz außer acht gelassen wird — es handelt sich aber hier um einen nachfolgenden gültigen Vertragsschluß — wird in der zweiten Entscheidung ausdrücklich die Haftung für den Fall bejaht, daß ein Vertrag später nicht zustande gekommen ist. Sogleich aber hat diese Ausdehnung, so sehr sie doch einem Rechtsbedürfnis abhilft, Widerspruch gefunden. Richter[4]) hat dagegen eingewendet, daß es eine Durchbrechung des ganzen Prinzips bedeute, wenn das Reichsgericht jetzt auf einmal auf seine bisher geübte Beschränkung verzichte. Allerdings muß man ihm insoweit recht geben, als das Reichsgericht von seinem bisher innegehabten Standpunkte aus und im Hinblick auf die von ihm als Grundlage der Haftung gegebene Konstruktion zu unrecht von seinem Standpunkte abgewichen ist. Wenn es früher immer und auch noch in der Entscheidung in Band 97, S. 337, in der es auf ältere Entscheidungen verweist, als Grundlage für die Haftung die Betrachtung angesehen hat, daß Verhandlungen und Vertrag eins seien und dementsprechend aus § 242 BGB. schon im Stadium der Vertragsverhandlungen Pflichten entstünden, so durfte es nicht, ohne diese Konstruktion fallen zu lassen, von seiner mit ihr eng verknüpften Beschränkung auf den nachherigen gültigen Vertragsschluß abweichen. In der Einsicht, daß auch über diese Fälle hinaus eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschlusse erforderlich sei, hat das Reichsgericht hier eine Fortbildung des Gesetzes vorgenommen, diese aber ohne die erforderliche rechtliche Grundlage gelassen. Wenn das Reichsgericht, wie es das dann anscheinend später[5]) auch tun will, die Haftung von dem folgenden Vertrage ganz losgelöst und selbständige Pflichten konstruiert hätte, dann wäre auch vom Standpunkte des Reichsgerichts aus diese Entscheidung bedenkenfrei.

---

[1]) Versch. beim Vert. Schluß VIII, S. 58.
[2]) Bd. 95, S. 60. vgl. auch Jur. Woch. 1912, S. 743.
[3]) R. G. E. 97, S. 325 u. 337.
[4]) Jur. Woch. 1921, S. 664.
[5]) Vgl. R. G. E. Bd. 107, S. 362.

Andere Schriftsteller, die von ähnlicher Grundlage wie das Reichsgericht ausgehen, sind denn auch konsequent geblieben und haben die Haftung auf den Fall des nachherigen gültigen Vertragsschlusses beschränkt[6]). Alle diese fußen eben auf der als irrig erkannten Konstruktion die im folgenden Vertrage die Stütze der Haftung erblickt. Gewiß kann man sagen, daß der folgende Vertrag unter die Vertragsverhandlungen gewissermaßen den Stempel setzt und die in ihnen gemachten Aeußerungen und Verheimlichungen noch bekräftigt. Das aber ist ein Grund mehr, beim gültigen Vertragsschluß die Haftung anzuerkennen, aber kein Grund, diesen Ersatzanspruch auf den Fall des gültig abgeschlossenen Vertrages zu beschränken.

Bei Anwendung der von uns als richtig anerkannten Konstruktion im Wege der Annahme eines vorbereitenden Schuldverhältnisses kann es keinem Zweifel unterliegen, daß bei nachfolgendem gültigen Vertragsschlusse eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschlusse gegeben sei. Aus dem Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen entspringen Pflichten, deren schuldhafte Verletzung schadensersatzpflichtig macht. Bei dieser Art der Konstruktion aber kommt es auf einen gültigen Vertragsschluß nicht an; auch ohne einen solchen können in dem vorbereitenden Rechtsverhältnis Pflichten entstehen, da hier bei Begründung der Ersatzpflicht die Verhandlungen als etwas Selbständiges hingestellt werden und allein auf sie, nicht auf den kommenden Vertrag, die Pflichten gegründet werden.

II. Es kann also bei unserer Konstruktion nicht darauf ankommen, ob später ein gültiger Vertrag abgeschlossen wird oder nicht. In allen Fällen, in denen durch Vertragsverhandlungen der Abschluß eines Vertrages erstrebt wird, sind diese Verhandlungen zu denken als ein vorbereitendes Schuldverhältnis. Diesem entspringen schuldrechtliche Pflichten, und eine Verletzung derselben macht den Schuldner nach § 276 BGB. haftbar. Voraussetzung für die Möglichkeit der Annahme eines solchen Schuldverhältnisses kann nur sein, daß es sich um Vertragsverhandlungen handelt, also um Verhandlungen zwischen Parteien, die den Zweck verfolgen, sich in irgend einer Weise vertraglich zu binden. Denn wenn diese Absicht der Kontrahenten nicht auf einen Vertragsschluß gerichtet ist, wenn sie aus irgend einem anderen Grunde zu einander nähere geschäftliche Beziehungen getreten sind, kann auch von einem einen Vertrag vorbereitenden Schuldverhältnis nicht die Rede sein, da dann ja jede auch nur geringste Bindungsabsicht fehlen wird und auch nach der Verkehrsanschauung eine solche Bindung nicht mehr wird angenommen werden können. Daher ist bei solchen einen Vertragsschluß nicht bezweckenden Verhandlungen auch die Auslegung nicht berechtigt, ein vorbereitendes Schuldverhältnis zu konstruieren, und in diesem nach Treu und Glauben Pflichten festzustellen.

Grundsätzlich muß man aber dann, wenn man durch die Absicht eines Vertragsschlusses zu der Annahme eines vorbereitenden Schuldverhältnisses veranlaßt worden ist, in allen Fällen bei schuldhafter Verletzung von Pflichten einen Ersatzanspruch geben, ob nun ein gültiger Vertrag abgeschlossen worden ist oder nicht. Das fordert schon die Annahme eines solchen vorbereitenden Schuldverhältnisses.

Und auch die Logik verlangt die Anerkennung eines Ersatzanspruchs ohne

---

[6]) Vgl. Warneyer Pomm. 1923, S. 479. Leonhard a. a. O., Richter a. a. O.

Rücksicht auf einen nachfolgenden Vertrag. Wir stützen die Haftung auf die Annahme von Pflichten bei den Vertragsverhandlungen. Diese Pflichten aber bestehen ganz unabhängig von dem späteren Vertrage. Bei den Verhandlungen ist ja auch die Voraussicht, ob diese zu einem Vertragsschlusse führen werden, überhaupt noch nicht möglich. Die Partei muß trotzdem die ihr in diesem Stadium obliegenden Pflichten wahrnehmen und muß für ihre Verletzung einstehen. So wie in dem Augenblick der Pflichtverletzung es noch nicht feststeht, ob der bezweckte Vertrag zustandekommen wird, so kann man auch nicht den Abschluß dieses Vertrages zu einer Voraussetzung der Haftung für diese vorvertragliche Pflichtverletzung machen. Entweder man erkennt Pflichten im Stadium der Vertragsverhandlungen an und gibt dann ohne Rücksicht auf einen Vertragsschluß einen Ersatzanspruch für ihre Verletzung, oder man erkennt solche Pflichten nicht an, dann aber kann man auch bei gültigem Vertragsschluß keinen Ersatzanspruch geben. Wollte man daher den Ersatzanspruch auf das Zustandekommen eines gültigen Vertrages beschränken, so würde man für die Fälle der nicht zustandegekommenen oder wenigstens nicht gültig zustandegekommenen Verträge eine ganz unbillige und ungerechtfertigte Ausnahme machen.

Daß man zu einer Ausdehnung des Prinzips der Haftung für Verschulden bei den Vertragsverhandlungen auch im Falle des Nichtzustandekommens eines gültigen Vertrages berechtigt ist, zeigen die Vorschriften der §§ 122, 179, 307, 309 BGB. In allen diesen Fällen erkennt unser Gesetz die Möglichkeit eines Ersatzanspruches wegen Verschuldens beim Vertragsschlusse an, obwohl ein gültiger Vertrag nicht zustandekommt.

Nun wird es aber gerade bei diesen nicht durch nachfolgenden Vertragsschluß gewissermaßen bestätigten Verhandlungen häufig sehr zweifelhaft sein können, ob dann die Billigkeit einen Ersatzanspruch fordert und man einen solchen überhaupt als zweckentsprechend ansehen kann. Es kann aber nicht schwer fallen, solche der Billigkeit nicht entsprechende Fälle von einer Haftung auszunehmen. Wir haben gesehen, daß allerdings ein für alle Mal in dem Vertragsangebot oder in der Aufforderung zum Eintritt in Vertragsverhandlungen der Abschluß eines vorbereitenden Schuldverhältnisses erblickt werden muß, dem bestimmte Pflichten entspringen können. Welche Pflichten aber erzeugt werden, bestimmt sich nach Treu und Glauben. § 242 BGB. Wenn es nun der Billigkeit nicht entsprechen würde, einen Ersatzanspruch anzuerkennen, so würde es auch der Billigkeit nicht entsprechen, in diesem Falle Pflichten bei den Verhandlungen anzunehmen, deren Verletzung einen Anspruch erzeugen könnte und wenn man zu der Annahme vorvertraglicher Pflichten genötigt ist, so ist weiter für die Voraussetzung der Ersatzpflicht die Frage nach dem Vorliegen eines Verschuldens wichtig. Nur schuldhafte Verletzung vorvertraglicher Pflichten kann einen Ersatzanspruch erzeugen. Für Fälle, in denen Billigkeit und Gerechtigkeit die Anerkennung eines Ersatzanspruches nicht fordern, wird auch eins von diesen beiden Erfordernissen nicht vorliegen. Sind aber beide Voraussetzungen da, so kann auch ohne einen nachherigen gültigen Vertragsschluß die Annahme einer Ersatzpflicht nicht der Billigkeit und Gerechtigkeit widersprechen.

Aus diesen Gründen kann man auch Oertmann[1]) nicht recht geben, wenn er die Entscheidung des Reichsgerichts in Band 104, S. 265 angreift, weil hier

[1]) Arch. Ziv. Pr. Bd. 121 n. F. 1, S. 127.

ein Ersatzanspruch gegeben worden sei, trotzdem es nicht einmal zu dem äußeren Tatbestande eines Vertragsschlusses gekommen sei. Daß auch unserer Ansicht nach diese Entscheidung nicht zu halten ist, beruht auf einem noch zu erörternden anderem Grunde. Aber in dem Grundsatze hat das Reichsgericht recht, wenn es auch, ohne daß es zu einem Vertragsschlusse gekommen ist, die Möglichkeit eines Ersatzanspruches als gegeben ansieht. Oertmann meint, daß diese Lehre zu ganz unerträglichen Folgen führen müsse. Wir meinen aber, daß die Annahme eines vorbereitenden Schuldverhältnisses durchaus geeignet ist, diese Gefahren, die eine zu weite Ausdehnung bringen könnte, zu beseitigen und zu vermeiden. Das erkennt auch von Thur[2]), indem er richtig bemerkt, Oertmann denke nur nicht an die Annahme eines solchen vorbereitenden Schuldverhältnisses. Dieser geht eben von anderen Voraussetzungen aus. Deshalb lehnt er auch mit der auch unserer Ansicht nach richtigen Ablehnung der Entscheidung im 104. Bd. zugleich einen Ersatzanspruch in allen Fällen ab, in denen es nicht einmal zu dem äußeren Schein eines Vertragsschlusses gekommen ist. Er schließt von der Unbilligkeit eines Ersatzanspruches in diesem bestimmten Falle auf die Unbilligkeit der Ansprüche in allen Fällen, in denen kein äußerer Schein eines Vertragsschlusses vorliegt, weil er nicht den Grund richtig erkannt hat, auf dem die Unbilligkeit eines Ersatzanspruches im Falle des versteckten Dissenses beruht.

Auch Leyh[3]) erkennt die Notwendigkeit der Anerkennung eines vertraglichen Ersatzanspruches auch in Fällen des nicht zustandegekommenen Vertrages an und begrüßt deshalb die Entscheidung des Reichsgerichts. Und in der Tat muß die Entscheidung im Hinblick auf die weitere Ausgestaltung unserer Frage begrüßt werden. Allerdings schießt hier das Reichsgericht weit über das Ziel hinaus und stellt in Nichtbeachtung der der Ausdehnung gezogenen Grenzen eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschlusse auch in Fällen des versteckten Dissenses fest, aber die Entscheidung enthält doch des weiteren die Feststellung, daß es bei der Statuierung des Ersatzanspruches nicht auf den späteren Abschluß eines Vertrages ankomme.

Es ist nun zu hoffen, daß von nun an dieser Gedanke in der Praxis immer mehr zur Geltung kommen wird und daß vor allem auch das Reichsgericht auf dem einmal betretenen Wege fortschreiten wird. Und daß es auch auf dem richtigen Wege zu der unserer Ansicht nach richtigen Konstruktion der Haftung sich befindet, hat die Entscheidung in Bd. 107, S. 357 gezeigt.

Schon in der Entscheidung in Bd. 97, S. 337 ist das Reichsgericht diesem richtigen Standpunkte nahe gekommen, hier war das Zustandekommen eines Vertrages dadurch verhindert worden, daß beide Parteien eine Fahrlässigkeit insoweit traf, als beide das rechtzeitige Zugehen der Annahmeerklärung und das Zustandekommen des Vertrages fahrlässig verhindert hatten. Hier gab das Reichsgericht einen nach § 254 BGB. beurteilten Ersatzanspruch.

Schon früher war es mit Recht anerkannt, daß, wenn eine Partei wider Treu und Glauben das Zustandekommen des Vertrages verhindert, daß dann dessenungeachtet der Vertrag doch zustandekommt in analoger Anwendung des § 163 BGB. Man kann aber von einem Zustandekommen nur dann reden, wenn eine Partei wider Treu und Glauben, vorsätzlich das Zustandekommen verhin-

---

[2]) Arch. Ziv. Pr. Bd. 121, S. 359.
[3]) Jur. Woch. von 1922, S. 1313.

dert hat. Es muß die Absicht vorliegen, den Abschluß zu verhindern, also mindestens ist ein vorsätzliches Handeln erforderlich. Wenn aber der Abschluß nur durch fahrlässiges Verhalten des einen Teils verhindert wurde, so können die angestellten Erwägungen nicht zutreffen und von analoger Anwendung des § 163 BGB. kann keine Rede sein. Es liegt in der analogen Ausdehnung die Anwendung des Grundsatzes, daß eine Partei sich nicht soll auf ein von ihr bewußt herbeigeführtes Ereignis berufen können. Das fehlt aber, wenn eine Partei nur fahrlässig das Zustandekommen verhindert hat. Es ist aber naheliegend, in einem solchen Falle an eine Ersatzpflicht der schuldigen Partei zu denken. Und eine solche hat das Reichsgericht richtig in seiner Entscheidung angenommen, ohne dabei von dem Zustandekommen des Vertrages zu reden.

Ob man auf diesem Wege auch zu der Annahme des Zustandekommens des Vertrages kommen kann, mag späteren Erörterungen vorbehalten bleiben.

In diesem Falle also erscheint die Frage nach Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß vom Reichsgericht richtig entschieden. Allerdings aber kann man die Begründung nicht für ausreichend halten. Es sagt nur, daß der Annahme der Haftung auch dann kein Bedenken entgegenstände, wenn das Verhalten das Zustandekommen des Vertrages verhindere. Mit der bis dahin der Haftung vom Reichsgericht gegebenen Begründung aber läßt sich dieser Schluß nicht rechtfertigen. Wenn man aber in den Verhandlungen den Abschluß eines vorbereitenden Schuldverhältnisses sieht, so ist auch dieser Entscheidung die erforderliche rechtliche Grundlage gegeben.

Mit dieser unrichtigen Art der Konstruktion[4] **hängt es auch zusammen, daß** man behauptete, die von Jhering für das gemeine Recht aufgestellte Theorie von der culpa contrahendo beziehe sich auf etwas Anderes und habe mit dem Fall, daß auch bei nachträglich gültig abgeschlossenem Vertrage ein Ersatzanspruch gegeben werde, nicht gemein. Diese Behauptung aber kann nicht als zutreffend bezeichnet werden. Wir sahen, daß die Entscheidung für Fälle gültig abgeschlossener Verträge und für Fälle des Nichtvorliegens eines gültigen Vertragsschlusses die gleiche Entscheidung auf gleicher Grundlage sich aus unserem Gesetze ergibt. Es handelt sich in allen Fällen um das gleiche Problem, wie weit man für sein Verhalten bei den Vertragsverhandlungen einzustehen habe. Das Bedürfnis erfordert, daß alle gleich behandelt werden. Man kann deshalb beide Gruppen nicht von einander trennen, sondern muß sie nach gleichen Grundsätzen entscheiden, wenn man der Gerechtigkeit genüge tun will. Unsere Frage fällt also mit der von Jhering behandelten zusammen und wir müssen feststellen, daß die Wissenschaft jetzt allmählich zu dem damals schon von Jhering für das gemeine Recht festgestellten Satze zurückkehrt, wenn auch mit anders gearteter sich aus der anderen Rechtsgrundlage ergebender Begründung.

Wir sehen also, daß die Fälle, in denen ein gültiger Vertrag abgeschlossen wird, die Fälle, in denen der abgeschlossene Vertrag nichtig ist, und die Fälle, in denen es nicht einmal zu dem äußeren Abschlusse eines Vertrages gekommen ist, rechtlich gleich zu behandeln sind; grundsätzlich gleich. Die Unterschiede gründen sich auf die Frage, ob der Billigkeit entsprechend im einzelnen Falle Pflichten angenommen werden können und ob schuldhafte Verletzung derselben vorliegt.

---

[4]) **Leonhard, Versch. b. Vertr. Schl. S. 58.**

Damit sind wir in der Lage, die oben gegebenen Beispiele zu entscheiden. Im ersten Falle muß man nach Treu und Glauben in dem Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen eine Pflicht des A annehmen, bei dem Verkauf des Hundes sich über dessen Eigenschaften zu vergewissern, und da er ihn eben erst gekauft hatte, sich bei seinem Besitzvorgänger zu erkundigen. Und diese Eigenschaften hätte er dann dem B mitteilen müssen. Diese Erkundungs- und Mitteilungspflicht hat A fahrlässig verletzt. Daher tritt eine vertragliche Haftung des A ein, in welcher Höhe, ob auf das negative oder positive Interesse, soll später erörtert werden.

Desgleichen wird auch im zweiten Falle eine Pflicht des C anzunehmen sein, bei den Verhandlungen über den Grundstückskauf dem B zu sagen, daß dieser Vertrag der Form bedürfe, da er dessen kundig ist, der B hingegen wegen Unkenntnis die Formwahrung außer acht läßt. Diese Pflicht hat C vorsätzlich verletzt. Also tritt dessen Haftung ein und dementsprechend auch die Haftung des A für diesen gemäß § 278 BGB.

Im dritten Falle, in dem es nicht einmal zu dem äußeren Abschlusse eines Vertrages gekommen ist, bestehen in dem vorbereitendem Schuldverhältnis Pflichten der Parteien, bei dem Abschlusse des Vertrages die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu beachten. Diese Pflicht verletzt A fahrlässig, wenn er sich eine falsche Zeit notiert, was bei genügender Sorgfalt nicht hätte vorkommen können. Daher muß er haften.

„Wir sehen, daß das Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen uns eine Basis für alle Fälle gibt, das bei seiner Auslegung die Eigenart des jeweiligen Tatbestandes Berücksichtigung finden kann[5].")

III. Wie wir schon feststellten, hat das BGB. bei der Regelung mancher Vertragsverhältnisse Bestimmungen gegeben, die eine Schadensersatzpflicht auf arglistiges Verschweigen von Umständen gründen. §§ 463, 523, 524, 600 BGB. Das Vorhandensein dieser Vorschriften hat dazu Anlaß gegeben, daß man behauptete, daß gerade ihr Dasein zeige, daß dem BGB. der Gedanke einer allgemeinen Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß fremd sei, daß aus ihnen Umkehrschluß gezogen werden müsse. Daß diese Folgerung, es sei in diesen Fällen eine sonst nicht vorhandene Haftung festgesetzt, nicht richtig ist, wurde schon im vorhergehenden gezeigt.

Allein man hat aus den Vorschriften noch andere Schlüsse gezogen, zu denen wir hier Stellung nehmen müssen. Es haftet der Verkäufer wegen arglistigen Verschweigens eines Fehlers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, der Schenker wegen arglistigen Verschweigens eines Mangels im Rechte oder eines Fehlers der Sache auf den daraus entstandenen Schaden, und der Verleiher wegen arglistigen Verschweigens eines Mangels im Rechte oder eines Fehlers für den daraus entstandenen Schaden. Nach den im vorhergehenden besprochenen Regeln würde in diesen Fällen außer für Arglist auch für jedes Verschulden beim Vertragsschluß eine Haftung einzutreten haben. Es ist also die Frage, ob hier neben der ausdrücklichen Regelung noch Raum für eine Haftung aus dem allgemeinen Gesichtspunkte des Verschuldens beim Vertragsschlusse ist.

So ist man sich denn in Literatur und Rechtsprechung keineswegs einig,

---

[5]) Stoll, a. a. O. S. 548.

ob hier neben die Haftung für Arglist auch eine solche für fahrlässiges Verschweigen treten könne. Enneccerus[1]) hat darauf hingewiesen, daß neben den ausdrücklichen eine Haftung für arglistiges Verschweigen festsetzenden Bestimmungen eine darüber hinaus für jede Fahrlässigkeit eintretende Haftung nicht angenommen werden könne. Es läge sonst in dieser Regelung der Haftung ein grober Verstoß des Gesetzgebers, der doch — es handelt sich insbesondere um § 463 BGB. — diese Fälle gerade allen anderen Fällen, wo nur Wandlung und Minderung eintreten könne, gegenübergesetzt habe. Mit dieser Erwägung begründet Enneccerus die Ablehnung der allgemeinen Haftung für C. i. c. überhaupt. Der Einwand muß aber dann erst recht erhoben werden, wenn es sich um die Frage handelt, ob bei Annahme einer allgemeinen Haftung wegen Verschuldens beim Vertragsschlusse neben den ausdrücklichen Bestimmungen eine Haftung für jedes Verschulden stattfinden könnte.

In ähnlichem Sinne hat auch das Reichsgericht in einer Entscheidung des Jahres 1922 seinen Standpunkt festgelegt. Es hat dort unter Annahme einer allgemeinen Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß doch die Anwendung derselben in den Fällen abgelehnt, in denen eine besondere ausdrückliche Regelung getroffen ist. Der Grundsatz der c. i. c. soll nur gelten, wenn nicht eine Ersatzpflicht besonders geregelt ist. Das Reichsgericht fordert deshalb beim Kauf für eine vertragliche Haftung des Verkäufers wegen Verschweigens von Fehlern Arglist und will bei Vorliegen von bloßer Fahrlässigkeit jede Haftung ausschließen.

So sehr auch die Fassung der genannten Bestimmungen für diese Ansicht zu sprechen scheint, muß doch behauptet werden, daß auch neben dieser ausdrücklichen beim Kaufe getroffenen Regelung eine Haftung für jede Fahrlässigkeit aus dem Gesichtspunkte des Verschuldens beim Vertragsschlusse bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen gegeben ist.

Zunächst einmal wären die Folgerungen der entgegengesetzten Ansicht durchaus unbillig und nach dem Sinn unseres Gesetzes unerklärlich. Nach ihr würden andere Vertragsschließende bei einem Vertragsschlusse begangenen Verschulden für jede Fahrlässigkeit einzustehen haben. Ausgerechnet der Verkäufer sollte milder behandelt werden und er sollte nur dann haften, wenn ihn eine Arglist beim Verschweigen trifft. Es liegt keineswegs im Sinne unseres Gesetzes, daß gerade den Verkäufer eine mildere Haftung treffen sollte als andere Vertragsschließende. Man könnte vielmehr geradezu sagen, daß gerade der Verkäufer in bezug auf seine Haftung vom Gesetzgeber schärfer behandelt wird als andere Vertragsschließende. Mindestens aber muß man sagen, was dem einen Vertragsschließenden recht ist, muß dem anderen in der gleichen Lage billig sein. Unserer Ansicht könnte man daher entweder aus der Bestimmung des § 463 BGB. folgern, daß das Gesetz eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß überhaupt ablehne, — und dieser Schluß läßt sich nicht ziehen, — oder aber man muß auch neben dieser Bestimmung eine Haftung für jede Fahrlässigkeit aus dem Gesichtspunkte des Verschuldens beim Vertragsschlusse anerkennen.

Des weiteren ist ja auch diese Regelung nur für den Fall des arglistigen Verschweigens von Fehlern der Sache im technischen Sinne gegeben. In allen

---

[1]) Ennecc. alte Aufl. I, 2, § 266 III. vgl. auch Ortner a. a. O.
[2]) Seuff. Arch. Bd. 78, S. 15.

anderen Fällen, in denen es sich um Verschweigen von anderen Umständen handelt, müßte man den Verkäufer für jede Fahrlässigkeit einstehen lassen. Das aber wäre eine ganz ungerechtfertigte und unbillige Ausnahme.

Und nach den Bestimmungen des Gesetzes läßt sich die Folgerung, daß neben § 463 BGB. eine Haftung des Verkäufers für jede Fahrlässigkeit gegeben sei, durchaus rechtfertigen. Zunächst würde, wie schon bemerkt, der § 463, wenn überhaupt, nur für den Fall des Verschweigens von Fehlern, also den technisch in § 459 BGB. angegebenen Eigenschaften der Sache, eine Beschränkung der Haftung auf Arglist bedeuten. Für Verschweigen aller anderen Umstände könnte man den § 463 nicht als Grund gegen die Annahme einer Haftung des Verkäufers für jedes Verschulden beim Vertragsschlusse anführen. Aber auch bei arglistigem Verschweigen solcher Fehler kann man nicht in der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes den Ausschluß der Haftung für jedes Verschulden beim Vertragsschlusse sehen.

Wie Oertmann[3]) hervorgehoben hat, bedeutet diese Bestimmung nicht eine Verminderung des Haftungsmaßstabes auf den Schuldgrad der Arglist, sondern umgekehrt eine Verschärfung der allgemeinen Haftung für jedes Verschulden beim Vertragsschlusse. Wie noch näher darzulegen sein wird, geht der Umfang der Haftung für c. i. c. grundsätzlich nur bis zum Ersatz des negativen Vertrauensinteresses. Also auch bei arglistigem Verschweigen von Fehlern würde dementsprechend der Verkäufer nur in diesem Umfange haften. Das aber empfindet der Gesetzgeber als unzureichend und statuiert deshalb die Haftung auf das volle positive Erfüllungsinteresse. Daß mit dem Ausdrucke Schadensersatz wegen Nichterfüllung Haftung auf das volle Erfüllungsinteresse gemeint ist, dürfte keinem Zweifel unterliegen. Es geht also aus dem § 463 nur hervor, daß in den Fällen des arglistigen Verschweigens von Fehlern der Verkäufer einer verschärften Haftung auf das volle Erfüllungsinteresse unterliegen soll. Damit ist aber auch gesagt, daß im Falle eines nicht arglistigen Verschweigens eine Haftung aus dem allgemeinen Gesichtspunkte des Verschuldens beim Vertragsschlusse einzutreten habe.

Die vom Reichsgericht gemachte Einschränkung ist deshalb durchaus unzutreffend und kann weder das Bedürfnis befriedigen, noch auch eine Stütze im Gesetz finden. Soweit wir sehen, hat das Reichsgericht sich später mit einer Entscheidung eines ähnlichen Falles nicht mehr befaßt, es ist aber anzunehmen, daß es in der Folgezeit bei richtiger Betrachtung der Sachlage von seiner Entscheidung abweichen wird und den Verkäufer auch wegen eines nicht arglistigen Verschweigens von Fehlern wird haften lassen.

Anders liegt die Sache in den Fällen der §§ 523, 524 und 600 BGB. Schenker und Verleiher haben bei arglistigem Verschweigen den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen. Diese Vorschriften enthalten in Wahrheit eine Beschränkung der Haftung für c. i. c. auf den Fall arglistigen Verschweigens. Hier wird vom Gesetz auch für den Fall einer Arglist eine Haftung auf das negative Interesse festgesetzt. „Den daraus entstandenen Schaden" kann man nur in dem Sinne deuten, daß damit der Ersatz des negativen Vertragsinteresses gemeint sei, daß die Nachteile ersetzt werden müssen, die aus dem arglistigen Verschweigen entstanden sind, nicht aber darüber hinaus Nachteile, die daraus erwachsen

[3]) LZ. VIII, S. 519.

sind, daß durch Vorliegen der Fehler die Sachlage sich so gestaltet hat, daß bestimmter Gewinn nicht gemacht werden konnte. In diesen Bestimmungen liegt also im Unterschied von der betreffenden Regelung beim Kaufe keine Verschärfung, sondern gerade eine Milderung der Haftung. Das aber entspricht durchaus dem Haftungsmaßstab, den das Gesetz in den Verträgen der Schenkung und der Leihe anzuwenden pflegt. Hier wird die Haftung mit Recht vom Gesetzgeber gemildert, da ja Schenker und Verleiher Leistungen machen, ohne dafür Gegenleistungen zu erhalten. Hier also kann eine Haftung für jedes Verschulden beim Vertragsschlusse über die Bestimmung hinaus nicht eintreten. Und diese unterschiedliche Behandlung im Hinblick auf den Kauf entspricht durchaus der Gerechtigkeit.

Eins muß noch Erwähnung finden, daß beim Kauf neben Wandelung und Minderung von einem Schadensersatzanspruch wegen Verschuldens beim Vertragsabschlusse natürlich nicht die Rede sein kann. Das hat aber seinen Grund darin, daß Wandelung und Minderung eben ihrem Wesen nach überhaupt jeden neben sie tretenden Ersatzanspruch ausschließen.

§ 7. Schadensersatz im Falle des versteckten Dissenses.

I. Eine Schadensersatzpflicht wegen Verschuldens beim Vertragsschluß ist nach den vorgehenden Erörterungen auch dann gegeben, wenn die Verhandlungen zu keinem Ergebnis geführt haben und nicht einmal der äußere Schein eines Vertragsschlusses vorliegt. Desgleichen tritt eine Ersatzpflicht ein, wenn der abgeschlossene Vertrag nichtig ist und dadurch oder durch andere Umstände dem Gegner ein Schade erwachsen ist. Ein Beispiel für den letzteren Fall bietet ein wegen Irrtums angefochtener und deshalb nichtiger Vertrag. Hier trifft das Gesetz eine ausdrückliche Regelung, indem es in der Annahme, daß hier ein Verschulden des Anfechtenden vorliegen wird, diesen mit einer Ersatzpflicht gehend auf das negative Interesse belastet. § 122 BGB. Vom Falle des Irrtums zu unterscheiden und demgemäß nicht im § 122 mitumfaßt ist der Fall des sogenannten versteckten Dissenses. Hier kann deshalb aus § 122 eine Ersatzpflicht der einen Partei nicht ohne weiteres hergeleitet werden. Es entsteht aber die Frage, ob nicht auch in diesem Falle wegen Verschuldens beim Vertragsschlusse ein Schadensersatzanspruch einer Partei Platz greifen muß.

Für diese Frage von Wichtigkeit und deshalb hier kurz zu streifen, sind die Merkmale, die den Unterschied der oft verwechselten Fälle ausmachen. Beide weisen Berührungspunkte auf, gerade deshalb aber sind sie im Hinblick auf ihre ganz verschiedene rechtliche Behandlung streng von einander zu scheiden. Bei Irrtum ist der Vertrag gültig und bleibt es auch, wenn der Irrende ihn nicht wegen dieses Irrtums anficht. Ficht er ihn an, so hat er wegen seines Irrtums und damit den Schaden des Gegners verursachenden Verschuldens dem Gegner in Höhe des negativen Vertragsinteresses Ersatz zu leisten. § 122 BGB. Im Falle des versteckten Dissenses dagegen kommt ein Vertrag überhaupt nicht zustande, da infolge des Auseinandergehens der beiderseitigen Willen eine Einigung nicht vorliegt. „Das unbewußt bleibende gegenseitige Mißverständnis der Parteien beruht auf einem zwar gleichlautenden aber doppeldeutigen Erklärungstatbe-

stand[1])." Eine Ersatzpflicht wegen Verursachung dieses Mißverständnisses ist im Gesetz nicht statuiert.

Im Gegensatz dazu liegt ein Irrtum dann vor, wenn die Erklärung einer Partei infolge des Irrtums nicht ihrem Willen entsprechend abgegeben wurde und so, wie sie abgegeben wurde, von der anderen Partei verstanden und auch angenommen wurde. Wenn aber die Auslegung der beiderseitigen Willenserklärungen, die einander decken, einen verschiedenen Sinn ergibt, wenn also die Inhalte beider Erklärungen trotz äußerer Gleichheit von einander abweichen, so hat jede Partei irrtumsfrei erklärt, was sie wollte, aber die Willenseinigung mangelt deshalb, weil jede Partei mit ihrer Aeußerung einen anderen Sinn verband als die andere. Es kommt also darauf an, ob die Auslegung der Erklärungen einen gleichen oder einen verschiedenen Sinn derselben ergibt. Ergibt sie einen gleichen Sinn, so ist der Vertrag gültig und es bleibt einer Partei dann nur der Weg der Anfechtung, wenn die eindeutige Erklärung nicht mit ihrem Willen übereinstimmt. Ergibt sie verschiedenen Sinn, so ist der Vertrag wegen Mangels der Willenseinigung nicht zustandegekommen. Man kann diesen Unterschied treffend mit Manigks Worten ausdrücken[2]). „Bei Irrtum ist dem Irrenden die Geltendmachung seines inneren Willens in dem Rahmen des § 119 ganz freigestellt. Er kann sich gegenüber der Erklärung auf einen Willen berufen, von dem auch die wohlwollendste Auslegung nicht behaupten könnte, daß er sich noch irgend wie in der Erklärung erkennen ließe. Daher wird der Irrende mit der Schadensersatzpflicht nach § 122 belastet. Bei der Geltendmachung des Dissenses beruft sich der Erklärende dagegen gegenüber dem Gegner und dessen Auffassung auf einen eigenen Willen, von dem die Auslegung zugestehen muß, daß er sich in der Erklärung auch erkennen ließ." Hier entsteht nun die Frage, ob eine Partei auch in diesem Falle mit einer Ersatzpflicht, die sich aus einem den Dissens verursachenden schuldhaften Verhalten beim Vertragsschlusse ergeben könnte, belastet werden kann.

Vom Gesetz ist ausdrücklich eine solche Regelung nicht gegeben worden. Und unserer Ansicht nach weisen die Materialien darauf hin, daß hier eine Regelung unterlassen wurde, weil man diesen Fall von der Ersatzpflicht ausschließen wollte. Die Protokolle meinen[3]), eine allgemein gefaßte Haftung bei Nichtigkeit eines Vertrages würde zu weit führen und würde die Grenze des Billigen überschreiten. Mit dieser Begründung wurden Anträge abgelehnt, die eine Haftung in den Fällen der Mentalreservation, der Nichternstlichkeit und des Scheins allgemein festsetzen wollten. Ebenso hat der Gesetzgeber auch keinen Anlaß genommen, für den Fall der Nichtigkeit wegen versteckten Dissenses einen Ersatzanspruch festzusetzen. Das geht aus der Ablehnung der Anträge hervor, die für alle diese Fälle der Nichtigkeit einer Erklärung einen Ersatzanspruch allgemein geben wollten, worunter dann wohl auch der Fall des versteckten Dissenses gefallen wäre.

Allerdings hatten wir oben die Regel gegeben, daß die Auslegung des Gesetzes dazu führen müsse, daß auch in dem Falle, in dem ein Vertrag nicht zustandekommt, ein Schadensersatzanspruch wegen Verschuldens beim Vertrags-

[1]) Manigk in Jher. Jahrb. Bd. 75, S. 202. A. 1.
[2]) Jher. Jahrb. Bd. 75, S. 188.
[3]) Prot. I, S. 99.

schlusse Platz greifen könne. Aus diesem Gesichtspunkte heraus wird also auch der vorliegende Sachverhalt zu betrachten sein.

Es kann da zunächst äußerst zweifelhaft sein, ob überhaupt die Gerechtigkeit und Billigkeit einen Ersatzanspruch dann fordert, wenn der Vertrag wegen versteckten Dissenses nicht zustandekommt. Ohne richtige Prüfung des Sachverhalts hat das Reichsgericht[4]) das Vorliegen der Forderung von Gerechtigkeit und Billigkeit in diesem Falle angenommen. Es meint, daß die Billigkeit die Anerkennung fordere und gibt deshalb einen Ersatzanspruch, hält sich aber wieder in seinem Streben, das angebliche Bedürfnis zu befriedigen, nicht im Rahmen der Schranken, die sowohl der Auslegung überhaupt als auch gerade der Anwendung des Prinzips der allgemeinen Haftung für Verschulden beim Vertragsschlusse gesetzt sind. Auch Enneccerus nimmt eine Forderung der Billigkeit und Gerechtigkeit an und gibt deshalb einen Ersatzanspruch bei versteckten Dissense[5]).

Und doch möchten wir hier annehmen, daß es durchaus nicht der Gerechtigkeit entspricht, wenn eine Partei im Falle des versteckten Dissenses den Schaden der anderen tragen sollte. Es geht ja gerade aus dem Wesen des versteckten Dissenses hervor, daß nicht nur eine Partei an dem Mißverständnis ein Verschulden trifft, sondern gerade beide Parteien und zwar ein gleiches Verschulden, wie noch weiter unten zu zeigen sein wird. Daher entspricht es durchaus der Gerechtigkeit, wenn jede Partei den ihr entstandenen Schaden selbst trägt. „Es hieße das Ergebnis verdunkeln, wenn jeder die eigene Unaufmerksamkeit dem anderen aufbürdet und man dann die beiderseitigen Fahrlässigkeitsgrade miteinander kompensiert. [6])

Ja man kann sagen, daß es jeder Billigkeit widersprechen würde, wenn hier eine Partei der anderen Schadensersatz leisten müßte. Darauf hat Oertmann sehr treffend hingewiesen[7]). Dann nämlich wäre bei Irrtum der durch seine eigene Schuld Irrende bedeutend besser gestellt. In diesem Falle nämlich kommt es ganz auf seinen Willen an, ob er sich mit der Ersatzpflicht aus § 122 BGB. belasten will. Wenn nicht, so kann er den Vertrag gültig bestehen lassen. Hier bei Dissens würde ihn eine Ersatzpflicht ganz ohne seinen Willen und ohne sein Zutun treffen. Der Vertrag ist nichtig und diese Nichtigkeit kann er nicht hindern und abwenden. Und doch muß man sagen, daß im Falle des Irrtums das Verschulden der irrenden Partei wenn nicht größer, so doch mindestens gleichliegend ist. Zum Zustandekommen des versteckten Dissenses ist stets noch ein Hinzukommen eines Verschuldens der anderen Partei erforderlich, bei Irrtum erzeugt schon das Verschulden der irrenden Partei allein den Anspruch. Bei Irrtum irrt der Erklärende, er wendet der Abgabe der Erklärung nicht die genügende Sorgfalt zu und sagt deshalb etwas Anderes, als was seinem wahren Willen entspricht. Bei Dissens dagegen drückt er seinen Willen richtig aus, nur so, daß der Gegner infolge Doppeldeutigkeit der Wortbildung oder der sonstigen Erklärungsmittel nicht den richtigen Sinn der Erklärung erkennt. Wenn daher bei Irrtum eine Ersatzpflicht von dem Willen des Irrenden abhängen soll und bei dem geringeren Grade des Verschuldens der Dissenspartei ein Ersatzanspruch ganz ohne

---

[4]) RGE. Bd. 104, S. 265 ff.
[5]) Enneccerus, 22.—24. Aufl. § 154 A. 3.
[6]) Levy in Jur. Woch. 1922, S. 1313.
[7]) Arch. Ziv. Pr. Bd. 121 n. F. 1. S. 126.

Zutun der Partei eintreten soll, so würde dieses Ergebnis durchaus nicht der Billigkeit entsprechen. Dazu kommt noch, daß ja bei Irrtum eine Ersatzpflicht ganz in Fortfall kommt, wenn der Gegner den Irrtum infolge eigener Fahrlässigkeit nicht erkannte. Von einer Abwägung des beiderseitigen Verschuldens ist hier nicht die Rede. Bei Dissens müßte man aber — und das stets, da ja immer beide Parteien ein Verschulden trifft — eine solche Abwägung vornehmen, was also eine weitere Verschärfung der Haftung im Gegensatz zu der Haftung aus § 122 bedeuten würde. Also auch in dieser Beziehung wäre die Dissenspartei schlechter gestellt, als der Irrende. Aus allen diesen Gründen kann man mit Recht sagen, daß im Falle eines versteckten Dissenses die Billigkeit einen Ersatzanspruch nicht fordert und daß die Statuierung eines solchen der Gerechtigkeit geradezu widersprechen würde. Es kann daher der Meinung des Reichsgerichts, daß dieselben Gründe Billigkeit und Rücksicht auf die Verkehrssitte, es rechtfertigten, daß man auch im vorliegenden Falle eines versteckten Dissenses den gleichen Grundsatz anwendet[8]), durchaus widersprochen werden.

Wir sehen also, daß es vor allem die Annahme einer Forderung der Billigkeit ist, die das Reichsgericht und manche Schriftsteller veranlaßt hat, dann einen Ersatzanspruch zu geben, wenn der Vertrag wegen versteckten Dissenses nicht zustandekommt. Es wird immer davon geredet, daß die Partei, die an dem Mißverständnis Schuld habe, auch den dadurch entstandenen Schaden ersetzen müsse. Darin aber liegt gerade der Grund, weshalb diese Entscheidung nicht richtig ist. Wenn der Tatbestand beim versteckten Dissense wirklich so läge, daß eine Partei schuld an der Nichtigkeit wäre, oder doch wenigstens ein überwiegendes Verschulden ihr zur Last fiele, so würde man auch sowohl ein Gebot der Billigkeit, als auch einen Ersatzanspruch aus dem Gesichtspunkte des Verschuldens beim Vertragsschlusse anerkennen können und müssen. Aber diese Voraussetzung trifft eben beim versteckten Dissens nie zu. Von dieser falschen Annahme geht das Reichsgericht aus, wenn es sagt[9]), ein Anspruch wegen schuldhafter Verletzung vorvertraglicher Pflichten könne auch dann entstehen, wenn ein Vertrag nicht zustandegekommen sei, und dementsprechend könne auch im Falle des sog. versteckten Dissenses ein solcher Anspruch anerkannt werden. Das Reichsgericht wendet hierbei den § 122 BGB. entsprechend an und zwar sehr mit Unrecht, wie noch zu zeigen sein wird. Des weiteren findet es bei dem entschiedenen Falle, daß beide Parteien ein Verschulden an der Nichtigkeit träfe. Hier wird nun § 254 BGB. angewendet und so eine Partei ersatzfrei gelassen und der anderen eine Ersatzpflicht entsprechend dem angeblichen Uebertwiegen ihrer Schuld aufgebürdet. Eine nähere Begründung und vor allem eine Prüfung, ob im Falle des versteckten Dissenses wirklich die Voraussetzungen vorliegen, unter denen ein Ersatzanspruch wegen Verschuldens beim Vertragsschluß anerkannt werden kann, wird aber auch hier nicht gegeben, sondern der Satz, daß auch bei Nichtzustandekommen des Vertrages ein Ersatzanspruch gegeben sei und daß ein Schade danach nach § 254 BGB. zu teilen sei, wird als etwas Selbstverständliches hingestellt.

Die auch unserer Ansicht nach richtige Folgerung, daß es bei Entstehung eines Ersatzanspruches wegen Verschuldens beim Vertragsschlusse nicht auf den späteren Vertrag ankommen könne, verleitet das Reichsgericht und manche

[8]) RGE. Bd. 104, S. 268.
[9]) RGE. Bd. 104, S. 265 ff.

Schriftsteller zu der Anwendung des Prinzips im Falle des versteckten Dissenses, da von allen das Wesen desselben nicht richtig erkannt wird. Auch Stoll[10]) nimmt das Eintreten der Haftung in diesem Falle an, ohne auf die Frage, ob denn wirklich bei verstecktem Dissense ein überwiegendes Verschulden einer Partei möglich sei, einzugehen. Dieser Schriftsteller gründet richtig die Haftung auf ein vorvertragliches Schuldverhältnis. Ihm ist daher auch die Haftung im Falle des versteckten Dissenses etwas Selbstverständliches. Und auch wir meinen, daß das Nichtzustandekommen des Vertrages kein Hindernis sein kann, eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschlusse anzunehmen. Es kommt nur darauf an, ob die Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht gegeben sind, ob also eine schuldhafte Verletzung vorvertraglicher Pflichten vorliegt und zwar in dem Sinne, daß nur eine Partei ein Verschulden trifft oder ihr mindestens ein überwiegendes Verschulden zur Last fällt. Und wir werden sehen, daß dies nicht der Fall ist, daß vielmehr bei verstecktem Dissense immer das Verschulden der Parteien ein gleiches ist, daß also ein sonst zu gebender Ersatzanspruch stets durch Schuldkompensation aufgehoben werden würde.

Vorher aber ist es erforderlich, auf die Gründe einzugehen, die andere Schriftsteller zur Ablehnung der Haftung geführt haben. Man kann wohl sagen, daß die Ansicht, im Falle des versteckten Dissenses sei kein Ersatzanspruch anzuerkennen, durchaus die herrschende ist. Und wir werden sehen, daß sie auch die allein richtige ist. Nur mangelt es bei fast allen Schriftstellern an einer durchschlagenden richtigen Begründung ihrer Ablehnung. Im Erfolg sind sich viele einig, in der Begründung aber gehen sie auseinander[11]). Die meisten beschäftigen sich nur mit der vom Reichsgericht geübten Anwendung des § 122 BGB. und lehnen diese Anwendung ab. Allein damit kann noch nichts geholfen sein, da bei richtiger Konstruktion im Wege der Anwendung der Grundsätze vorvertraglichen Verschuldens aus diesem Grunde schon ein Ersatzanspruch zu geben wäre. Auch ohne die entsprechende Anwendung des § 122 könnte so eine Ersatzpflicht konstruiert werden. Oertmann[12]) insbesondere lehnt die Entscheidung des Reichsgerichts ab, weil er überhaupt keinen Ersatzanspruch im Falle des Nichtzustandekommens eines Vertrages anerkennt. Diese Begründung aber kann nicht durchschlagen, da Oertmann hier schon von der Nichtbeachtung eines von uns als richtig anerkannten Prinzips ausgeht, also sich nicht darüber ausspricht, wie die Sachlage wäre, wenn auch für den Fall des Nichtzustandekommens eines Vertrages die Ersatzpflicht wegen Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen anerkannt werden müßte. Der richtigen Entscheidung sehr nahe kommt Levy[13]). Er begrüßt die Entscheidung insoweit als das Reichsgericht darin klar zum Ausdruck bringt, daß es auf einen nachfolgenden Vertrag nicht ankommen könne. Die Anwendung des Prinzips auf den Fall des versteckten Dissenses lehnt er ab, aber in seiner Begründung trifft er nicht das richtige. Richtig ist seine Ablehnung der Analogie aus § 122. Aber in seinen Ausführungen läßt er nicht klar erkennen, warum bei verstecktem Dissense dann nicht ein Ersatzanspruch wegen Verschul-

10) LZ. 1923, S. 533 und 546. vgl. auch Lindemann-Soergel, § 122, 4. R. Ger. Komm. § 276.

11) Vgl. Planck § 122 B. 9. Staudinger, L. § 122, 7. Oertmann, Komm. § 122, 6., Crome § 94, Z.1.

12) Arch. Ziv. Pr. Bd. 121 n. F. 1, S. 122 ff.

13) Jur. Woch. 1922, S. 1313.

dens beim Vertragsschlusse anzuerkennen sei. Er fühlt aber offenbar den richtigen Grund der Ablehnung, wenn er sagt, daß hier jede Partei ihren Schaden selbst tragen müßte, er bringt aber den Grund, warum dies der Fall sein müsse, nicht zum Ausdruck.

Den richtigen Gesichtspunkt scheint uns Manigk[14]) gefunden zu haben. Zunächst ist daran festzuhalten, daß man davon ausgehen muß, daß das Nichtzustandekommen eines Vertrages einen Hinderungsgrund der Haftung wegen Verschuldens beim Vertragsschlusse nicht bilden kann. Wir haben als Grundlage der Haftung oben ein Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen angenommen, in dem nach Treu und Glauben anzunehmende Pflichten einer Partei schuldhaft verletzt worden sind. Nur wenn alle diese Voraussetzungen gegeben sind, kann von einem Ersatzanspruch die Rede sein. Auch bei verstecktem Dissense liegt in den Vertragsverhandlungen der Abschluß eines vorbereitenden Schuldverhältnisses. In diesem ist nach Treu und Glauben die Pflicht beider Parteien anzunehmen, bei dem Abschlusse sorgfältig zu verfahren und insbesondere sein Verhalten bei der Abgabe der Erklärungen so zu gestalten, daß diese klar und deutlich sind, und der Gegner nicht durch unklare Ausdrucksweise getäuscht werden kann.

Weiter aber muß man fordern, daß diese Pflichten schuldhaft verletzt worden sind. Und in der besonderen Gestaltung der schuldhaften Verletzung der Sorgfaltspflicht durch die Parteien beim versteckten Dissense liegt der Grund, aus dem heraus man hier einen Ersatzanspruch wegen Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen ablehnen muß. Gewiß wird auch hier die Sorgfaltspflicht schuldhaft verletzt, aber man kann beim versteckten Dissens nicht von einer alleinigen Schuld des Erklärenden und von einem Vertrauendürfen des Empfängers der Erklärung auf sie reden. Die Frage hängt zusammen mit dem Grunde, aus dem heraus eine Dissenspartei nicht an ihrer Erklärung festgehalten wird. sondern der Vertrag wegen Nichtübereinstimmung der beiderseitigen Willen der Nichtigkeit verfällt. Bei Dissens gibt eine Partei eine Erklärung ab, die zwar ihren Willen richtig enthält und bei der die Auslegung auch diesen Willen erkennen muß, aber neben diesem Sinn ist in der Erklärung noch ein anderer Sinn im Wege der Auslegung zu ermitteln, den gerade der Gegner verstanden hat; die Erklärung ist zweideutig. Diese zweideutige Aeußerung muß der Partei zum Verschulden angerechnet werden. Der Gegner nimmt nun die Erklärung an, indem er denjenigen Sinn als die Grundlage seiner Annahme nimmt, der zwar in der Erklärung des Gegners gefunden werden kann, aber gerade den Sinn enthält, der dem Willen des Erklärenden nicht entspricht. Die Gegenpartei trifft also ebenfalls ein Verschulden, da sie die Zweideutigkeit der Erklärung hätte erkennen können und für Aufklärung hätte sorgen müssen. Sie erklärt sich also ebenfalls schuldhaft zweideutig. Es trifft beide Parteien ein Verschulden an dem Mißverständnis. „Die Schuld des einen Kontrahenten ist im Dissensfalle die, daß er seine Erklärung nicht eindeutig gestaltet. Die Schuld des Empfängers der Erklärung ist die, daß er trotz bestehender Möglichkeit nicht erkannte, daß die ihm zugegangene Erklärung auch einen anderen Willen als den eigenen ausdrückte. Der Gegner, der den Doppelsinn der Erklärung bewirkt, war nach Treu und Glauben

[14]) Vgl. Manigk, in Jher. Jahrb. Bd. 75, S. 127 ff.

verpflichtet, für Aufklärung zu sorgen[15]). Und bei Dissens ist die Lage immer so, daß man das Verschulden beider Teile gleich setzen muß, und nicht von einem überwiegenden Verschulden einer Partei reden kann. Darauf beruht schon die Nichtigkeit des Vertrages. Wenn eine Partei ein überwiegendes Verschulden treffen könnte, so wäre damit gesagt, daß der unschuldigere Gegner auf die Erklärung vertrauen könnte, dann wäre der schuldigere an seine Erklärung gebunden und es bliebe ihm nur die Anfechtung, wenn ein gesetzlicher Anfechtungsgrund vorläge[16]). „Die Nichtigkeit des Vertrages wurzelt in der gleichartigen juristischen Behandlung der beiden Kontraktserklärungen und diese auf der Gleichschätzung des Schuldgrundes auf beiden Seiten[17])." Keiner der beiden Gegner durfte sich auf die Erklärung des anderen verlassen. Daher ist der Vertrag nichtig und daher kann auch von einer Ersatzpflicht einer Partei nicht die Rede sein.

Damit entfällt auch die Anwendbarkeit unseres Prinzips. Auf keiner Seite liegt überwiegende Schuld vor. Das beiderseitige Verschulden hebt sich gegeneinander auf. Schon ein Hinblick auf § 254 BGB. zeigt, daß dessen Anwendung stets zu dem Ergebnis führen müßte, daß ein Ersatzanspruch keiner Partei gegeben wäre, da immer eine völlige Kompensation des beiderseitigen Verschuldens eintreten müßte.

Das also allein ist der Grund, aus dem heraus bei verstecktem Dissens eine Schadensersatzpflicht einer Partei aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens beim Vertragsschluß nicht eintreten kann. Aus demselben Grunde kann man es auch nicht als ein Gebot der Billigkeit bezeichnen, daß hier eine Partei dem Gegner den ihm entstandenen Schaden ersetzen müsse.

II. Auch im Wege der analogen Anwendung des § 122 BGB. kann bei verstecktem Dissense keine Ersatzpflicht einer Partei konstruiert werden. Man hat aber gerade oft diese Bestimmung verwendet, um hier einen Anspruch festzustellen. Es handelt sich hier hauptsächlich um die Frage, ob diese Bestimmung, die ja eine Feststellung eines auf das negative Vertragsinteresse gehenden Ersatzanspruches enthält, überhaupt eine analoge Anwendung auf andere Fälle eines nichtigen Vertrages duldet. Aehnliche Gedanken enthalten auch die §§ 179 und 307 BGB. Aus diesen drei Bestimmungen hat man den Schluß gezogen, daß für alle Fälle der Nichtigkeit eines Vertrages ein Ersatzanspruch gehend auf das negative Vertragsinteresse dem geschädigten Erklärungsempfänger zu geben sei.

Für das Gemeine Recht vertrat diese Ansicht Windscheid[1]) und für unser BGB. hat Kuhlenbeck den Satz aufgestellt[2]), daß „er kein Bedenken trage, überhaupt den Grundsatz aufzustellen, daß in allen Fällen, in denen die Erklärung nichtig ist, der dadurch geschädigte Erklärungsempfänger einen Anspruch auf das negative Vertragsinteresse erlangt, es sei denn, daß er die Nichtigkeit kannte oder kennen mußte[3])."

Bei Feststellung dieses Satzes geht Kuhlenbeck davon aus, daß der § 122 keine Schuld voraussetze, und deshalb folgert er eine analoge Ausdehnung der Vor-

---

[15]) Manigk a. a. O. S. 197.
[16]) Vgl. Manigk a. a. O. S. 197.
[17]) Manigk a. a. O. S. 198.
[1]) Windscheid, Pandekten 9. Aufl. II. § 307, A5.
[2]) D. Jur. Z. 1905, S. 1142 ff.
[3]) Daselbst, S. 1145.

schrift auf alle anderen Fälle eines nichtigen Vertrages. Er behauptet, daß, wenn ein Prinzip der analogen Anwendung fähig sei, so sei es dasjenige des Vertrauensinteresses, welches in den §§ 122, 179, 307 BGB. nur fragmentarisch seinen gesetzlichen Ausdruck gefunden habe[4]). Darin soll auch Kuhlenbeck nicht widersprochen werden, daß das Prinzip der Ausdehnung fähig ist. Es ist das aber natürlich nur auf Fälle, die den geregelten rechtsähnlich sind, nicht aber auf solche, die auf verschiedener Rechtsgrundlage beruhen. Wenn Kuhlenbeck schon in § 122 keine Schuldvoraussetzung sieht und andererseits der § 307 zweifelsohne eine solche enthält, so sagt er allerdings damit, daß schon seiner eigenen Ansicht nach die beiden Bestimmungen nicht auf der gleichen Grundlage beruhen. Wir sehen aber, daß das in Wahrheit nicht der Fall ist, daß vielmehr der § 122 ebenfalls auf Schuld beruht.

Nach Kuhlenbecks Satz müßte man also den § 122 BGB. auch auf die Fälle des versteckten Dissenses anwenden können. Er sagt das aber allerdings nicht ausdrücklich, es ergibt sich aber zwingend aus einem ganz allgemein gehaltenen Satze.

Auch das Reichsgericht hat in seiner schon erwähnten Entscheidung in Band 104, S. 265 ff. die analoge Anwendung des § 122 BGB. zur Grundlage des Ersatzanspruches bei verstecktem Dissense gemacht. Dabei beruft es sich auf die Entscheidung in Band 97, S. 339 und meint, daß dort schon ähnliche Gedanken zur Anwendung gekommen seien. Gewiß in der richtigen Folgerung, daß auch in Fällen des nicht zustandegekommenen Vertrages eine Haftung wegen Verschuldens beim Vertragsschlusse eintreten könne, stimmt die Entscheidung mit der im 104. Bande überein. Dort ist auch richtig der § 154 BGB. angewendet worden, da dort wegen eines Verschuldens beider Parteien ein Vertrag nicht zustandegekommen war. Hier wurde dann richtig die Schuldkompensation vorgenommen. Hier bei verstecktem Dissense aber hat es sich gezeigt, daß eine solche Kompensation nicht möglich ist und immer zu einer Aufhebung der Haftung führen müßte. Der Fall des versteckten Dissenses bildet eben eine Besonderheit, die nicht mit anderen Fällen eines nichtigen Vertrages verglichen werden kann. So wenig hier die Anwendung des allgemeinen Prinzips der Haftung möglich ist, so wenig darf man den § 122 BGB. auf einen solchen Fall zur Anwendung bringen.

Gegen diese Ausdehnung des § 122 haben sich denn auch viele Schriftsteller gewendet[5]). Aber diese gehen fast alle von der von uns als nicht richtig bezeichneten Grundlage aus, daß ein Ersatzanspruch nur bei Zustandekommen eines Vertrages gegeben sei. Besonders Klein[6]) hat sich gegen die Lehre Kuhlenbecks gewendet. Dieser lehnt die analoge Ausdehnung des § 122 ab, aber mit Gründen, die unserer Ansicht nach nicht zutreffen. Er meint, § 122 beruhe nicht auf Schuld und dagegen sei bei § 307 ein Verschulden die Voraussetzung der Haftung. Deshalb sieht er in den Bestimmungen kein einheitliches Prinzip und hält deshalb die analoge Ausdehnung eines solchen nicht für möglich. Diese Begründung aber entfällt mit der Erkenntnis, daß auch § 122 ebenso wie § 307 auf demselben Grunde beruht und daß beide eine Schuld zur Voraussetzung haben. Auch Levy[7]),

---

[4]) Kuhlenbeck a. a. O., S. 1146. vgl. auch derselbe in Bankarchiv V, S. 285 ff
[5]) Siehe die Zitate 11 zu § 7 und Staud. § 155, 2. u. 5.
[6]) D. Jur. Z. 1906, S. 596, und Seuff. Bl. für Rechtsanw. Bd. 72, S. 140.
[7]) Jur. Woch. 1922, S. 1313.

der sonst die Ausdehnung des Prinzips vertraglicher Haftung auf den Fall des nicht zustandegekommenen Vertrages anerkennt, lehnt die Anwendung des § 122 auf den Fall des versteckten Dissenses ab. Aber auch er gibt dafür eine nicht zutreffende Begründung. Er meint, daß die beiden Fälle deswegen nicht auf der gleichen Grundlage beruhen, weil § 122 BGB. eine Schuld nicht voraussetze. Oertmann[8]), der hiermit überhaupt die Ausdehnung des Prinzips auf Fälle des nicht zustandegekommenen Vertrages ablehnt, gibt als Begründung der Ablehnung analoger Anwendung des § 122 die Bemerkung, daß bei § 122 immer der objektive Tatbestand vorliege. Trotz des Irrtums sei das Geschäft einmal gültig geschlossen. Es fehle nur an dem Willen. Hier aber im Falle des versteckten Dissenses fehle es überhaupt an einem Geschäftstatbestand. Auch diese Begründung ist nicht richtig. Wie wir sahen, kann es auf das Zustandekommen des Vertrages nicht ankommen, da ja in dem Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen die Grundlage der Haftung zu erblicken ist. Der rückwirkend der Nichtigkeit verfallende äußere Geschäftstatbestand kann nicht die Grundlage für die Ersatzpflicht bilden.

Alle diese Gründe treffen den Kern der Sache nicht. § 122 wurzelt sehr wohl in Schuld, und das in ihm enthaltene Prinzip kann sehr wohl auf andere ähnliche Fälle ausgedehnt werden. Der Grund dafür, daß der § 122 nicht auf den Fall des versteckten Dissenses Anwendung finden kann, liegt wiederum in dem Wesen des versteckten Dissenses überhaupt. Dieselben Gründe, die uns die Anwendung des allgemeinen Prinzips einer Haftung für Verschulden beim Vertragsschlusse auf den Fall des versteckten Dissenses als unmöglich erscheinen ließen, führen auch dazu, die analoge Ausdehnung des § 122 abzulehnen. Der in § 122 geregelte Fall ist der Sachlage bei verstecktem Dissense nicht rechtsähnlich. § 122 setzt voraus, daß der Irrende eine Erklärung abgibt, die der Gegner, so wie sie abgegeben worden ist, auch versteht und zur Grundlage seiner Erklärung macht. Er darf auf die Richtigkeit der Erklärung vertrauen und wird in diesem Vertrauen dadurch geschützt, daß die Erklärung gültig ist, vorbehaltlich einer mit Schadensersatzpflicht verknüpften Anfechtung. Den Gegner des Irrenden kann in keiner Weise eine Schuld an dem Willensmangel treffen, der den Vertrag unter Umständen der Nichtigkeit zuführen kann. Nur den Irrenden trifft eine vom Gesetz als stets vorliegend unterstellte Schuld. Daher auch die Bindung an die Erklärung. Der Vertrauensschaden ist zu ersetzen, weil der Gegner schuldlos durch Verschulden des Irrenden einen Schaden erlitten hat.

Bei Dissens dagegen trifft beide Teile ein Verschulden an der Nichtübereinstimmung der beiderseitigen Willenserklärungen. Aus diesem Grunde schon tritt eine Bindung an die Erklärung nicht ein. Sie ist nichtig. Und auch von einer Ersatzpflicht ist keine Rede. Der Gegner darf nicht auf die Erklärung vertrauen, da diese zwar schuldhaft mißverständlich abgegeben worden ist, aber bei genügender Sorgfalt als solche von der Gegenseite hätte erkannt werden können. Wenn aber keine Partei auf die Erklärung vertrauen durfte, so liegt hier der Fall ganz anders als bei § 122, der ja gerade auf diesem Vertrauendürfen beruht. „Da im Gegensatz zum Irrtumsfall in der Willenserklärung eine Objektivierung des wirklichen Willens eingetreten, dieser also erkennbar geworden ist, liegt hier niemals der in § 122 prinzipiell vorausgesetzte Fall vor, daß der Gegner auf die

[8]) Arch. Ziv. Pr. Bd. 121 n. F. 1. S. 125.

Gültigkeit des von ihm angenommenen Inhalts der Erklärung vertrauen durfte[9])."

Die Annahme der analogen Anwendung des § 122 würde sich auch in einem ganz unmöglichen Widerspruch mit dem Abs. 2 dieser Bestimmung setzen, worauf Manigk hingewiesen hat[10]). Wenn man den § 122 analog anwendet, so muß man auch dessen zweiten Absatz zur Anwendung bringen. Nach diesem fällt der Ersatzanspruch fort, wenn der Beschädigte den Grund der Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte. Ohne nach dem Grade des Verschuldens zu fragen, läßt der § 122 die Ersatzpflicht bei jedem mitwirkenden Verschuldens entfallen. Nun aber liegt es bei dem versteckten Dissens immer so, daß der Gegner den Grund der Nichtigkeit infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte. Er hätte ihn bei genügender Sorgfalt immer erkennen können. Also wäre stets eine Ersatzpflicht ausgeschlossen. Es würde daher auch niemals auch bei Anwendung des § 122 zu einer Ersatzpflicht kommen können, weil gerade die Anwendung des § 122 eine Ersatzpflicht in allen Fällen ausschließen würde. Hier liegt es sogar so, daß auch bei Nichtvorhandensein des Abs. 2 des § 122 schon aus § 254 immer die Ersatzpflicht ausgeschlossen wäre, da wir ja sehen, daß der Schuldgrad auf beiden Seiten der gleiche ist. Einer Anwendung des § 122 auf den Fall des versteckten Dissenses stehen daher alle Gründe entgegen. Auch auf diesem allerdings dem vorher erwähnten sehr nahe verwandten Wege kann man nicht zu der Statuierung eines Ersatzanspruches kommen.

Diese Erwägungen übersieht das Reichsgericht, wenn es in der Entscheidung in Band 104, S. 268 eine Teilung des Ersatzanspruchs nach § 254 vornimmt. Es erkennt sehr wohl, daß nach § 122 Abs. 2 eine Haftung ganz entfallen muß, wenn der Gegner die Nichtigkeit kannte oder kennen mußte, wenn er also genauer gesagt, die Gründe kannte oder kennen mußte, die zur Nichtigkeit führen. Diese Gründe liegen hier in der zweideutigen und deshalb auch nach zwei verschiedenen Sinnen aufgefaßten Erklärung. Das Reichsgericht meint nun, die Schuld des Gegners beruhe hier nicht darin, daß er die Erklärung falsch aufgefaßt habe, sondern vielmehr darin, daß er ebenfalls eine zweideutige Erklärung abgegeben habe. Daher könne § 122 Abs. 2 nicht zutreffen und der Schaden sei nach § 254 BGB. zu teilen. Diese Auffassung aber kann nicht als zutreffend bezeichnet werden und erscheint vom Reichsgericht zur Stützung seiner eben nicht haltbaren Entscheidung künstlich hervorgesucht. Wie wir sahen, besteht die Schuld des Gegners gerade zum großen Teil darin, daß er nicht die Zweideutigkeit erkannte. Er hätte dieselbe immer erkennen können, und erkannte sie nur infolge mangelnder Sorgfalt nicht. Seine gleichfalls zweideutig abgegebene Antwort beruht ja gerade auf dem Nichterkennen der Zweideutigkeit der Erklärung des Gegners.

So sehen wir wieder, daß das Reichsgericht in falscher Annahme eines Rechtsbedürfnisses dieses auf alle Weise auch in einer gegen das Gesetz geübten Auslegung desselben zu befriedigen sucht. Es ist hier über das richtige Maß hinausgegangen und hat eine Haftung festgestellt, die weder wünschenswert noch rechtlich begründet ist.

Wir fassen noch einmal zusammen. Das Wesen des versteckten Dissenses beruht darin, daß gleiche Schuld auf beiden Seiten vorliegt. Folge ist Nichtigkeit

---

[9]) Manigk in Jher. Jahrb. Bd. 75, S. 198.
[10]) daselbst S. 199.

des Vertrages. Weitere Folge ist, daß von einer Ersatzpflicht nicht die Rede sein kann. Jeder muß den entstandenen Schaden selbst tragen. Das entspricht auch der Billigkeit.

Es ist zu hoffen, daß das Reichsgericht auch bald in dieser Erkenntnis den eingeschlagenen Weg verlassen möge und so vielen Erkenntnissen der Praxis, die auf diesem Wege gegen Billigkeit und Gesetz einen Ersatzanspruch geben könnten, die Grundlage entziehen möge.

§ 8. Umfang der Haftung für Verschulden beim Vertragsschlusse.

Wenn wir im vorhergehenden festgestellt haben, daß schon wegen eines beim Vertragsschlusse begangenen Verschuldens ein vertraglicher Ersatzanspruch eintreten könne, so haben wir doch noch nicht die Frage berührt, worauf diese Haftung zu gehen habe, welcher Schade ersetzt werden müsse. Es kann zweifelhaft sein, ob wegen eines solchen Verschuldens grundsätzlich das volle positive Erfüllungsinteresse oder nur das in den §§ 122, 179, 307 BGB. erwähnte sogenannte negative Vertragsinteresse verlangt werden kann.

In Bezug auf diese Frage sind die Schriftsteller, die eine vertragliche Haftung für Verschulden beim Vertragsschlusse annehmen, untereinander uneins. Leonhard[1]) glaubte, dem Geschädigten das volle Erfüllungsinteresse zubilligen zu müssen. Diese Ausdehnung der Haftung hängt wieder eng zusammen mit seiner Begründung der Haftung, die ja im nachfolgenden Vertrage ihre Stütze sucht. Deshalb will Leonhard auch wegen Verschuldens beim Vertragsschlusse dieselbe Haftung eintreten lassen wie wegen Verschuldens bei bestehendem Vertrage.

Diese Ansicht wird sich aber nicht halten lassen. Zunächst einmal würde eine solche Ausdehnung der Haftung sich in einem unüberbrückbaren Widerspruch zu § 463 Abs. 2 setzen. Diese Bestimmung beschränkt doch für den Fall des Verschweigens von Fehlern der Sache die Haftung auf das Erfüllungsinteresse auf den Schuldgrad der Arglist. Sollte daneben, wie ja auch Leonhard annimmt, eine Haftung auf das Erfüllungsinteresse wegen bloßer Fahrlässigkeit eintreten können, so würde diese Bestimmung ganz unverständlich sein. Wenn schon aus dem Gesichtspunkte des Verschuldens beim Vertragsschlusse eine Haftung auf das volle Erfüllungsinteresse eintreten müßte, so wäre eine Beschränkung der Haftung gerade beim Kaufe ganz ungerechtfertigt, und außerdem wäre diese Bestimmung dann ja ganz überflüssig, wenn die Haftung sich schon aus allgemeinen Gesichtspunkten ergäbe. Und man müßte sogar dem Gesetzgeber eine ganz unlogische Regelung vorwerfen, wenn er hier beim Kaufe für Arglist die Bestimmung der Haftung besonders gegeben hätte und daneben auch eine Haftung für jede Fahrlässigkeit in seinem Gesetze statuierte.

Im übrigen vereinbart es sich auch nicht mit der Billigkeit, in Fällen des vorvertraglichen Verschuldens eine Haftung auf das volle Erfüllungsinteresse zu geben. Der Schade entsteht schon mit der Verletzung vorvertraglicher Pflichten. In dem Zeitpunkte der Verletzung wird in den meisten Fällen noch gar kein Recht auf den Abschluß des beabsichtigten Vertrages und dementsprechend auch noch keine solche Verpflichtung anzunehmen sein. Die geschädigte Partei hätte also ganz abgesehen von einem Verschulden des Gegners gar kein Recht auf den

[1]) Leonhard, Verschulden beim Vertragsschluß.

Abschluß des Vertrages und dementsprechend auch noch gar kein Recht auf die besonderen Vorteile des abzuschließenden Vertrages. Schon daraus ergibt es sich, daß nicht auch die Vorteile ersetzt werden können, die der kommende Vertrag gebracht hätte. Der Billigkeit und den Vorschriften des Gesetzes entspricht vielmehr nur eine Haftung auf das sogenannte negative Vertragsinteresse. Darauf weist auch Oertmann[2]) hin und erklärt so die Bestimmung des § 463 Abs. 2 in befriedigender Weise, und vereinbart sie mit der Annahme einer vertraglichen Haftung für vorvertragliches Verschulden.

Für uns, die wir die Grundlage der Haftung in dem Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen sehen, ist es klar, daß die Haftung nur auf das negative Vertragsinteresse gehen kann. Verletzt sind Pflichten im Stadium der Vertragsverhandlungen. Wegen deren Verletzung ist Ersatz nach § 249 BGB. zu leisten. Es ist der Zustand herzustellen, der ohne die Verletzung bestehen würde. Das aber ist regelmäßig der Zustand, in dem ein Vertrag noch nicht geschlossen ist. Der Gegner ist also so zu stellen, wie er stehen würde, wenn die Vertragsverhandlungen sich zerschlagen hätten, ohne daß in ihnen schuldhaft seine Interessen verletzt worden wären. Das aber bedeutet Ersatz des negativen Vertragsinteresses, nicht auch Ersatz des Schadens, der dadurch entstanden ist, daß ein Vertrag nicht geschlossen wird und somit dem Gegner die besonderen Vorteile des Abschlusses entgehen.

„Inhalt des Ersatzanspruches ist ganz allgemein die Verpflichtung zur Entschädigung für nicht gehörige Erfüllung des Schuldverhältnisses der Vertragsverhandlungen. Sie wird erfüllt durch Beseitigung der Folgen, die das pflichtwidrige Verhalten während der Vertragsverhandlungen für den anderen Teil gehabt hat[3])."

Wie das negative Vertragsinteresse bis zum Ersatze des Erfüllungsinteresses gehen kann, so kann unter Umständen auch für schuldhafte Verletzung vorvertraglicher Pflichten bei grundsätzlicher Zubilligung des negativen Vertragsinteresses auch einmal eine Haftung auf das Erfüllungsinteresse gewährt werden. Dann reicht eben dieses negative Vertragsinteresse so weit[4]). Das Erfüllungsinteresse ist nur dann zu ersetzen, wenn der Grundsatz des § 249 BGB. so weit reicht.

Auf diesem Standpunkte steht jetzt auch das Reichsgericht. Dieses hat sich mit dem Umfange der Haftung in neuerer Zeit besonders eingehend beschäftigt.[5]) In einer Entscheidung im 103. Bande[6]) sah sich das Reichsgericht auch gezwungen, sich mit seinem früheren die Haftung auf das Erfüllungsinteresse festsetzenden Entscheidungen auseinanderzusetzen. Es meint, daß in der Entscheidung in Jur. Woch. 1912, S. 743 deshalb das Erfüllungsinteresse hätte zugebilligt werden müssen, weil es die besondere Lage des Falles erfordert hätte. Damals hätten Vertrag und Verhandlungen als ein ganzes angesehen werden müssen. Wir sahen schon, daß diese Annahme auf einer von uns abgelehnten Konstruktion des Reichsgerichts beruht. Hier kann gerade nicht angenommen werden, daß der Schadensersatz bis zum Erfüllungsinteresse gehen mußte. Man könnte in

---

2) Oertmann, LZ. VIII, S. 513 ff. und Jur. Woch. 1919, S. 35.
3) Stoll, LZ. 1923, S. 546.
4) Vgl. Reichs. Ger. R. Komm. § 276 A 1.
5) RGE. Bd. 103, S. 47 ff. und 104, S. 268 ff.
6) S. 13.

diesem Sinne dem Reichsgericht folgend dann immer eine Einheit von Vertrag und Verhandlungen annehmen. Daß das nicht angeht, ist schon in den vorgehenden Erörterungen erwiesen worden. Sonst aber rechtfertigt hier die Besonderheit des Tatbestandes es nicht, daß man einen Ersatzanspruch auf das Erfüllungsinteresse geben könnte. Aus Verschulden beim Vertragsschluß hätte hier nur der Ersatz des Schadens festgesetzt werden dürfen, der dadurch entstanden war, daß überhaupt ein Vertrag abgeschlossen worden war, nicht auch des Schadens, der entstanden war durch Entgehung der mit dem Vertrage verknüpften Vorteile.

In der Entscheidung in Band 95, S. 79 läßt sich die Zubilligung des Erfüllungsinteresses auch aus dem Gesichtspunkte des negativen Vertragsinteresses rechtfertigen. Hier konnte auch Ersatz des Schadens zugebilligt werden, der durch Entgehung der mit unter anderen Voraussetzungen geschlossenem Vertrage verknüpft gewesenen Vorteile entstanden war, da man hier annehmen mußte, daß der Vertrag auch unter diesen anderen Bedingungen abgeschlossen worden wäre, wenn der Auftraggeber die verschwiegenen Tatsachen mitgeteilt hätte und der Unternehmer einen entsprechenden höheren Preis gefordert hätte[7]).

Auch in den Entscheidungen in Band 97, S. 325 und 337 billigt das Reichsgericht den Ersatz des Erfüllungsinteresses zu. Wenn es nun meint, daß in ersterer Entscheidung der Ersatz dieses Interesses gerechtfertigt sei, da eine stillschweigende Garantie anzunehmen gewesen wäre, so kann unserer Ansicht nach diese Annahme die getroffene Entscheidung nicht rechtfertigen. Der Schade war dadurch entstanden, daß der Gegner verschwiegen hatte, daß die liefernde Firma die Lieferung anderen Lieferungen nachsetzen würde. Als diese Firma dann auch die Lieferung nicht vornahm, war dem Gegner ein Schade entstanden. Der Grundsatz des § 249 würde hier nur den Ersatz des Schadens ergeben, der durch besondere Vorkehrungen in betreff des abzuschließenden Vertrages entstanden war, nicht aber auch dadurch, daß die mit dem Abschluß verknüpften Gewinne nicht gemacht werden konnten. Hier im Wege der Annahme einer stillschweigenden Garantie für die Lieferung eine Haftung auch für diese Schäden anzunehmen, dürfte wohl nicht angehen. Dann könnte höchstens die Haftung aus dem stillschweigenden Abschluß eines Garantievertrages hervorgehen, nicht aber aus einer Haftung für vorvertragliches Verschulden.

In der Entscheidung in Band 97, S. 337 war der Ersatz des Schadens zugebilligt worden, der entstanden war dadurch, daß der Vertrag wegen Verschuldens einer Partei nicht zustandegekommen war. Es wurde auch der Ersatz der Vorteile gegeben, die mit dem Abschluß verknüpft gewesen wären. Hier meint das Reichsgericht, daß sich die Zubilligung des Erfüllungsinteresses rechtfertige, weil der Vertrag als abgeschlossen hätte angesehen werden müssen. Das aber wird in der Entscheidung ja gerade vom Reichsgericht nicht angenommen. Der Vertrag ist wegen Verschuldens der Partei ja gerade nicht zustandegekommen. Und trotzdem wird richtig der Ersatz des Erfüllungsinteresses gegeben. Auch unter dem Gesichtspunkte des negativen Vertragsinteresses kann hier einmal das Erfüllungsinteresse zugebilligt werden, weil ja ohne das Verschulden anzunehmen gewesen wäre, daß der Vertrag abgeschlossen worden wäre. Daher gehören die entgan-

[7]) Vgl. auch Oertmann Jur. Woch. 1919, AS. 35.

genen Vorteile zu dem Schaden, der durch Verletzung der vorvertraglichen Pflichten entstanden ist.

Das Reichsgericht erkennt ganz richtig, daß dann das negative Vertragsinteresse bis zum Ersatz des Erfüllungsinteresses gehen kann, wenn ohne Verhalten ein Erfüllungsanspruch gegeben wäre. Das aber ist in den früheren Entscheidungen außer denen in Band 95 und in Band 97, S. 337 nicht der Fall. Auch ohne das Verschweigen des bereits einem anderen zustehenden Patentes hätte der Geschädigte keinen Erfüllungsanspruch gehabt. (Jur. Woch. 1912, S. 745). Auch ohne Verschweigen der Möglichkeit der Nichtlieferung wär ein Anspruch auf Erfüllung nicht entstanden. (RGE. Bd. 97, S. 325). Eine Ausnahme machen die Fälle in RGE. Bd. 97, S .337 und Bd. 95. Hier reicht das negative Interesse tatsächlich bis zum Ersatz des Erfüllungsinteresses. Hier ist auch dieser Schade durch Verletzung der vorvertraglichenPflicht entstanden.

Das Reichsgericht will jetzt seine früheren Entscheidungen mit seiner jetzt richtig erkannten Meinung in Einklang bringen, ohne daß das in allen Fällen möglich ist, da der richtige Standpunkt eben in einigen Fällen außer acht gelassen wurde.

Abschließend ist also zu sagen, daß wegen Verschuldens beim Vertragsschlusse grundsätzlich nur der Ersatz des sogenannten negativen Vertragsinteresses verlangt werden kann, was sich aus der Anwendung des § 249 auf das Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen ergibt.

§ 9. Folgerungen aus dem Charakter der Ersatzpflicht als einer vertraglichen.

I. Zum Schluß mögen noch einige mit der Annahme eines vertraglichen Anspruches wegen Verschuldens beim Vertragsschlusse verknüpfte Folgerungen kurze Erwähnung finden.

Zunächst könnte die Frage der Verjährung Schwierigkeiten machen. Fraglich ist vor allem, ob hier die kurze Frist des § 852 BGB. zur Anwendung kommen kann. Die Frage dürfte im verneinendem Sinne zu beantworten sein. Der Anspruch wegen vorvertraglichen Verschuldens ist ein vertraglicher, und deshalb kann auch eine nur für die Verjährung deliktischer Ansprüche gegebene Vorschrift auf ihn keine Anwendung finden. Vielmehr muß auch dieser Anspruch nach den für Verträge gegebenen Regeln verjähren. Zunächst einmal natürlich in der gewöhnlichen Zeit von 30 Jahren. Daneben aber müssen die besonderen für den Vertragstypus, dessen Schließung bezweckt wird, gegebenen Regeln Anwendung finden. So wird man insbesondere den § 477 BGB. auch auf ein beim Abschluß begangenes Verschulden anwenden müssen. Diese Bestimmung geht von der Erwägung aus, daß beim Kaufe die Rechtsgrundlage bald klar sein soll, und daß insbesondere der Verkäufer bald frei von allen Ansprüchen in Bezug auf die verkaufte Sache sein soll. Nur dann trifft der Grund nicht zu, und ist auch die kurze Frist nicht festgesetzt, wenn ihn eine Arglist trifft. Dieselben Erwägungen müssen auch bei Verletzung der vorvertraglichen Pflicht bei Kaufabschluß angestellt werden. Auch hier muß daher der Anspruch in der festgesetzten kurzen Frist verjähren. Nur für den Fall einer arglistigen Verletzung der vorvertraglichen Pflicht kann die Bestimmung nicht angewendet werden.

II. Schon früher erwähnt und wohl auch ganz unzweifelhaft ist die Zulässigkeit der Anwendung des § 254 auf das Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen. § 254 ist auf alle Rechtsverhältnisse, die einen Ersatzanspruch erzeugen, anwendbar und beschränkt sich in keiner Weise auf Verträge. Wenn man daher schon bei Betrachtung des Rechtsverhältnisses der Vertragsverhandlungen als eines deliktischen diese Bestimmung zur Anwendung bringen müßte, muß man es erst recht bei seiner Betrachtung als eines vertraglichen. Wenn ein mitwirkendes Verschulden des Geschädigten vorliegt, so mindert sich der Ersatzanspruch bis er bei gleichliegendem Verschulden ganz entfällt. In der Entscheidung des Reichsgerichts Band 97, S. 337 ist dieser Gesichtspunkt verwertet und eine durch mitwirkendes Verschulden geminderte Ersatzpflicht festgesetzt worden.

III. Ebenso dürfte es keinem Zweifel unterliegen, daß der Geschäftsherr auch bei einem im Stadium der Vertragsverhandlungen von seinem Vertreter oder Erfüllungsgehilfen begangenen Verschulden für dieses einzutreten hat. Die Bestimmung des § 278 BGB. ist nur für Schuldverhältnisse gegeben. Bei unserer Konstruktion eines vorbereitenden Schuldverhältnisses ist die Anwendung des § 278 auf dieses gegeben und es entfallen die Bedenken, die sonst bei der Annahme einer außervertraglichen Haftung wegen Beschränkung der Bestimmung auf vertragliche Haftung erhoben werden könnten. Es wäre ja auch sehr ungerecht, wenn hier der Geschäftsherr bei Abschließung von Verträgen durch andere Personen, sich von einer Haftung — bei sorgfältiger Auswahl der Personen — beim Verschulden beim Vertragsschlusse sollte befreien können.

IV. Endlich könnte die Frage praktisch werden, ob Pfänder und Bürgen auch wegen Verschuldens beim Vertragsschlusse haften müssen. Es muß dies wohl verneint werden. Der Bürge verpflichtet sich nur, für die aus dem Schuldverhältnis ergebenden Verpflichtungen einzustehen, das Pfand wird nur für diese bestellt. Die Schadensersatzpflicht wegen Verschuldens beim Vertragsschlusse aber entspringt, wie wir sahen, aus einem besonderen Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen, und für dieses will der Bürge sich nicht verpflichten und für diese pflegt das Pfand nicht gegeben zu werden. Beide müssen nur einstehen für die sich aus dem Vertrage ergebenden Pflichten.

II. Andere Folgen eines Verschuldens beim Vertragsschlusse.

§ 10. Einwirken des Verschuldens auf Zugang und Wirksamkeit der Willenserklärung.

I. Nach § 130 BGB. wird eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, mit dem Zeitpunkte wirksam, in dem sie ihm zugeht. Dieses Zugehen muß, wenn es sich um Annahme eines Vertragsantrages handelt, rechtzeitig erfolgen, d. h. im Laufe der Frist, die für die Annahme gesetzt war oder die sich aus den Vorschriften des Gesetzes ergibt. Wenn nun der Zugang nicht innerhalb der Frist eintritt, und diese von dem Gegner deshalb nicht eingehalten wurde, weil der, dem die Erklärung zugehen sollte, das Zugehen schuldhaft vereitelte, so tritt die Frage auf, ob nicht trotzdem die Erklärung als zugegangen angesehen werden kann oder ob dann die Frist nicht wenigstens als verlängert anzusehen ist, sodaß der Zugang noch dann vom Gegner bewirkt werden kann.

Besonders erforderlich erscheint eine solche Annahme dann, wenn der Empfänger der Willenserklärung deren Zugang vorsätzlich arglistig verhindert hat, wenn er z. B. bei einer telephonisch abzugebenden Erklärung, den Apparat für die Dauer der laufenden Frist abstellt oder wenn er sich aus dem Bereich des Gegners so lange entfernt, bis die Frist abgelaufen ist. Hier kann man mit einer Analogie aus §§ 162 und 815 BGB. helfen. Beide Vorschriften enthalten den Gedanken, daß man sich nicht gegen Treu und Glauben soll auf ein selbst verschuldetes Ereignis zum Schaden des Gegners berufen können. Deshab gilt eine Bedingung, deren Eintritt von der Partei, der sie zum Nachteil gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert wird, als eingetreten § 162, deshalb ist die Rückforderung einer Leistung wegen Nichteintritts des mit ihr bezweckten Erfolges dann ausgeschlossen, wenn der Leistende den Eintritt des Erfolges gegen Treu und Glauben verhindert hat. Dieser Gedanke entspricht dem allgemeinen im Gesetz enthaltenen Gedanken und Grundsatz von Treu und Glauben und kann deshalb unbedenklich über die im Gesetz bestimmt geregelten Fälle hinaus auf andere ausgedehnt werden[1]). Wenn der so verhinderte rechtzeitige Zugang später bewirkt worden ist, so kann dementsprechend dieser zu spät bewirkte Zugang als rechtzeitig angesehen werden, und wenn der Zugang überhaupt noch nicht bewirkt werden konnte, so muß man die Zugangsfrist als verlängert ansehen, sodaß der Zugang noch bewirkt werden kann.

Wenn aber der rechtzeitige Zugang nicht vorsätzlich und arglistig, sondern nur infolge von Fahrlässigkeit von dem Empfänger der Erklärung verhindert worden ist, so kann man von einer Verhinderung gegen Treu und Glauben nicht reden und eine analoge Anwendung der §§ 162 und 815 ist als ausgeschlossen anzusehen. Man wird aber doch nach einer Abhilfe suchen müssen. Das Reichs-

---

[1]) Vgl. Titze in Iher. Jahrb. Bd. 47, S. 379 ff und RGE. Bd. 58, S. 406 ff.

gericht[2]) findet eine solche darin, daß es sagt, der Grundsatz von Treu und Glauben sei hier allerdings nicht in dem Sinne anzuwenden, daß die Verhinderung des Zuganges gegen Treu und Glauben verstieße. Der durch sein fahrlässiges Verhalten das rechtzeitige Zugehen Verhindernde verstieße aber dann gegen Treu und Glauben, wenn er später aus dem durch sein Verschulden entstandenen Nachteile des Gegners selbst Vorteile ziehen wolle. Auf diesem Wege kommt das Reichsgericht dazu, ein rechtzeitiges Zugehen oder eine Fristverlängerung anzunehmen.

Wir meinen, daß man zu demselben Ergebnis wird auf einem anderen näher liegenden Wege kommen können. Wir haben die Vertragsverhandlungen als ein vorbereitendes Schuldverhältnis angesehen. In diesem bestehen Rechtspflichten der Parteien, in dem Schuldverhältnis nichts vorzunehmen, was den Gegner schädigen könnte. Zu diesen Pflichten gehört auch die Pflicht, das Zugehen der Erklärung nicht zu verhindern. Wird diese Pflicht schuldhaft, aso schuldhaft im Sinne des § 276 BGB. verletzt, so entsteht durch diese Verletzung ein Schadensersatzanspruch. Der entstandene Schade ist in Gemäßheit des § 249 BGB. zu ersetzen. Der Zustand ist herzustellen, der ohne die schuldhafte Verletzung der Pflicht bestehen würde. Das ergibt aber, daß der Gegner so zu stellen ist, als ob die Erklärung rechtzeitig zugegangen wäre. Ist die Erklärung diesem daher verspätet zugegangen, so ist damit gesagt, daß sie als rechtzeitig zugegangen angesehen werden muß und daß der Vertrag danach zustandegekommen ist. Konnte sie noch nicht zugestellt werden, so ist die Frist als bis zum Ablauf der Verhinderung in angemessener Weise als verlängert anzusehen. Der Zugang kann trotz des Ablaufes der Frist noch bewirkt werden.

Titze[3]) meint, diese Folgerung nicht ziehen zu können. Ihm erscheint die Annahme einer solchen vorvertraglichen Pflicht nicht möglich zu sein. Wir haben aber in den früheren Erörterungen gezeigt, daß die Konstruktion der Vertragsverhandlungen als vorbereitendes Schuldverhältnis durchaus gerechtfertigt ist. Und in diesem ergibt sich die gesuchte und als billig zu bezeichnende Rechtsfolge, daß auch bei Vorliegen bloßer fahrlässiger Verhinderung des Zugangs dieser als rechtzeitig angesehen werden kann bezw. die Frist als verlängert angesehen werden muß.

In diesem Sinne scheint uns auch die Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 97, S. 336 nicht richtig zu sein. Hier war durch überwiegendes Verschulden des Erklärungsempfängers ein rechtzeitiger Zugang der Annahmeerklärung nicht erfolgt. Das Reichsgericht hat dennoch nicht angenommen, daß die Erklärung als rechtzeitig zugegangen zu gelten habe, sondern hat nur einen Geldersatz als Schadensersatz wegen Verschuldens beim Vertragsschlusse gegeben. Wir meinen, daß in diesem Falle die Erklärung als rechtzeitig zugegangen hätte gewertet werden müssen, und daß somit hätte angenommen werden müssen, daß trotz verspäteter Annahme der Vertrag hätte als zustandegekommen angesehen werden müssen. Von einer Schadensersatzpflicht im Sinne des Geldersatzes hätte erst dann die Rede sein können, wenn aus irgend einem Grunde trotz angenommenem rechtzeitigen Zugangs die Erfüllung des Vertrages unmöglich gewesen wäre. Das aber ist in dem entschiedenen Falle nicht anzunehmen. Die zu verkaufenden Wert-

---

[2]) RGE. Bd. 58, S. 406.
[3]) Titze a. a. O.

papiere waren noch vorhanden und es war durchaus möglich, daß der Vertrag hätte als zustandegekommen angesehen werden können, sodaß die Papiere zu liefern gewesen wären. Das hätte unserer Ansicht der Schadensersatz wegen Verschuldens beim Vertragsschlusse ergeben.

II. Früher in der Literatur wenig beachtet und erörtert war auch die Bedeutung, die ein Verschulden auf die Wirksamkeit einer Willenserklärung hat. In der neueren Zeit hat Manigk[1]) die Frage eingehend erörtert und hat dargetan, daß das Wesen der Wirksamkeit der Willenserklärung und das Wesen des Zugangs einer solchen eng mit der Verantwortlichkeit des Erklärenden für die Abgabe und den Zugang der Erklärung verknüpft ist.

Die Frage der Bedeutung eines Verschuldens für die Wirksamkeit einer Erklärung gehört auch insofern zu unserem Thema, als hier als Folge eines Verschuldens beim Vertragsschlusse die Wirksamkeit einer Vertragserklärung trotz des mangelnden Willens eintreten kann.

Schwierigkeiten muß die Frage machen, ob jeder nur äußere Schein des Zugangs einer Willenserklärung , d. h. „einer unter Kundgebungsbewußtsein erfolgenden, ihren Rechtsfolgewillen anderen zum Ausdruck bringenden, nach den Regeln des Lebens zu würdigenden Verhaltens einer Person[2])",eine Wirksamkeit hervorrufen muß. Und zwar kann diese Wirksamkeit bestehen in einer Bindung des Urhebers der Erklärung an diese, mag diese Bindung nun endgültig sein oder nur eine vorläufige bis zu einer erfolgten Anfechtung. Es kann nicht immer der Billigkeit und den Anschauungen des Lebens entsprechen, daß eine solche Bindung einzutreten habe. Oft wird es auch angemessen sein, daß trotz Vorliegens des Zugangs einer Erklärung doch eine Bindung des Erklärenden an diese nicht angenommen wird. Und diese Abgrenzung, ob man eine Bindung annehmen kann oder nicht, meint Manigk nach den Gesichtspunkten einer Verantwortlichkeit des Erklärenden für den Erklärungswert seines Verhaltens vornehmen zu können.

Zunächst mögen diese abstrakten Ausführungen durch ähnlich von Manigk verwandte Beispiele der Betrachtung näher geführt werden. [3])

A. hat einen Brief geschrieben, der ein an B. gerichtetes Kaufangebot enthält. A. will sich aber noch überlegen, ob er das Angebot dem B. zukommen lassen will. In seiner Zerstreutheit aber legt er den fertigen Brief an die Stelle, an die er sonst die zu befördernden Postsachen zu legen pflegt. Der Brief wird von einem seiner Angestellten zur Beförderung gegeben und geht dem B. zu.

Diesem nicht gleich liegt folgender Fall. A. hat wieder einen Brief wie im vorgehenden Falle geschrieben. Diesen aber schließt er vorsichtigerweise in sein Fach ein, damit er dem B. nicht durch unberufene Hände zugestellt werden kann. Ein Dieb erbricht das Fach, findet den Brief und nimmt ihn, da er ihn für wertvoll hält mit sich. Auf dem Wege verliert er ihn. Der Brief wird gefunden, zur Post gegeben und geht so dem B. zu.

Kann man nun hier in beiden Fällen eine wenn auch vielleicht nur vorläufige Bindung an die Offerte annehmen. Nach dem Rechtsgefühl wird man sagen

[1]) Vgl. Manigk. in Jher. Jahrb. Bd. 75, S. 127 ff. und besonders Irrtum und Auslegung insb. S. 11 ff, 248 ff und 260 ff.
[2]) Manigk in Irrtum und Auslegung S. 248.
[3]) Irrtum und Auslegung, S. 251.

müssen, daß es mindestens im zweiten Falle sehr ungerecht wäre, wenn man hier den A. an seine Erklärung binden wollte. Der Brief ist ohne jedes Verschulden des A. in den Verkehr gelangt und ging dem B. ohne jede Absicht des A. zu. Im ersten Falle wird man es dem A. zur Fahrlässigkeit anrechnen müssen, daß er den Brief an die genannte Stelle legte. Er ist verantwortlich zu machen für die Inverkehrsetzung des Briefes und dessen Zugang bei B. In beiden Fällen wird dem B. ein Schaden erwachsen. B. wird und kann auf die Ernstlichkeit der ihm gemachten Offerte vertrauen. Es wird sich also darum handeln, wie in beiden Fällen die Haftung zu verteilen sei. Im ersten Fall kann man es als billig bezeichnen, daß A. den Schaden trägt. Er wird an seine Erklärung zu binden sein, im zweiten Falle dagegen muß man nach der Billigkeit mangels jeder Verantwortlichkeit des A. den Schaden dem zuerteilen, den er trifft, also dem B.

Daß diese Entscheidung der Billigkeit auch durchaus aus rechtlichen Gesichtspunkten sich ergibt, wird sich im Folgenden zeigen. Es ist zunächst klar, daß der Erklärende dann an seine Erklärung gebunden ist, wenn er sie vorsätzlich in Kundgebungsbewußtsein dem anderen übermittelt. Es liegt dann der regelmäßige Fall der Abgabe einer Willenserklärung vor, die ganz selbstverständlich den Abgebenden bindet. Dieser will dann auch an seine Erklärung gebunden sein, und diese Bindung wird auch seiner Absicht entsprechen.

Aber auch dann muß man eine solche Bindung annehmen, wenn der Erklärende nur infolge von Fahrlässigkeit die Erklärung dem anderen zugehen ließ. Man kann in diesem Sinne natürlich nicht von einer fahrlässigen Willenserklärung reden. Die Wirkung der Willenserklärung nur ist eine fahrlässig erzeugte[4]). Schon diese Fahrlässigkeit bei der Abgabe muß bewirken, daß eine Bindung eintritt. Da aber hier die Abgabe meistens nicht dem Willen des Erklärenden entsprechen wird, wird oft bei Vorliegen eines Anfechtungsgrundes nach § 119 BGB. eine nur vorläufige Bindung eintreten, die aber nur durch Entstehung einer nach § 122 BGB. festgesetzten Schadensersatzpflicht wird beseitigt werden können. Für sein Verhalten hat jeder nach den Regeln des Verkehrs einzustehen. Und nicht nur für sein eigenes Verhalten, sondern entsprechend auch für das Verhalten der Leute, für die er zu haften hat. Schon mit einem schuldhaften Inverkehrsetzen der Erklärung tritt diese vorläufige Bindung ein. Aber sie kann eben nur bei Vorliegen eines im Sinne des § 276 BGB. schuldhaften Verhaltens eintreten. Gewiß liegt auch bei einer Erklärungsabgabe, für die der Abgebende nicht verantwortlich gemacht werden kann, bereits ein äußerer Schein eines Erklärungserfolges vor. Schon mit dem Zugeben wird ein gewisser Erklärungseffekt verursacht. Aber diese Erklärungswirkung allein kann eine Bindung noch nicht erzeugen. Eine solche kann erst dann eintreten, wenn ein Grund für das auf die Erklärung Vertrauendürfen des Gegners gegeben ist, und zwar ist dieser Grund darin zu suchen, daß der Erklärende für den Erklärungswert seines Verhaltens verantwortlich gemacht werden kann. Das Vertrauen entsteht erst nach Kenntnisnahme. Mit dieser aber kann man in jedem Falle von einem Vertrauendürfen auf die Erklärung reden. Aber dieses Vertrauen kann nur dann geschützt werden, wenn das Vertrauen dadurch gerechtfertigt ist, daß man den Erklärenden für dieses verantwortlich machen kann. Nur dann tritt der in der Bindung liegende Schutz des Empfängers ein. Erst dann kann auch die nur vorläufige Bin-

[4]) Manigk, Irrtum und Auslegung, S. 111.

dung entstehen. Das schuldhaft veranlaßte Vertrauen äußert sich darin, daß der Erklärende, wenn er von seiner Erklärung loskommen will, dann dem getäuschten Gegner das Vertrauensinteresse ersetzen muß. § 122 BGB. „Die vorläufige Wirkung äußerer Erklärungsakte beruht auf der Verantwortlichkeit des Handelnden für den Erklärungswert seines Verhaltens[5].“

Ja man wird wohl so weit gehen können, daß man sagt, daß bei Nichtverantwortlichkeit für den Zugang einer Erklärung ein solcher im rechtlichen Sinne überhaupt nicht angenommen werden kann. Gewiß im Sinne des Lebens liegt auch dann der Zugang einer Erklärung vor. Aber im rechtlichen Sinne ist eine Willenserklärung nicht zugegangen. Auf eine solchen „Zugang“ kann der Empfänger zwar auch vertrauen, aber dieses Vertrauen wird nicht geschützt. „Auch der Begriff des Zugangs einer Willenserklärung hängt von der Schuldfrage ab[6].“

Wenn, ohne daß man von einer Verantwortlichkeit des Erklärenden für den Wert der Erklärung reden kann, eine solche einem anderen zugeht, so tritt auch wohl da das Vertrauen auf sie mit der Kenntnisnahme ein, aber das Vertrauen kann nicht geschützt werden. Hier im Schuldmoment liegt die Grenze der Haftungsteilung. Die Gefahr, die mit dem Zugang solcher nicht als Willensäußerung zu wertender Erklärungen liegt, muß von dem Empfänger selbst getragen werden. Das entspricht dem unser Gesetzbuch beherrschenden Schuldhaftungsprinzip. „Dieses Prinzip macht den Handelnden für den Erfolg nur dann verantwortlich, wenn er diesen vorsätzlich oder fahrlässig herbeiführte, während das Veranlassungsprinzip auf subjektive Beziehung zwischen Verhalten und Erfolg verzichtet[7].“ „Kein Vertrauensschutz ohne Verantwortlichkeit für die Vertrauenswirkung[8].“

Manigk bemerkt sehr richtig, daß das Veranlassungsprinzip für eine Begründung der Haftung in diesem Falle nicht ausreichen kann. Grundsätzlich ist für unser Gesetzbuch das Verschuldungsprinzip anzunehmen. Das Veranlassungsprinzip kann nur dann Geltung beanspruchen, wenn es ausdrücklich in Bestimmungen des Gesetzes zum Ausdruck gebracht worden ist. So ist hier für eine vorläufige Bindung im Sinne des § 119 BGB. nur dann Raum, wenn das Vertrauen durch schuldhaftes Verhalten des die Erklärung abgebenden begründet ist. Liegt eine solche Schuld nicht vor, so muß der Empfänger den Schein eines Zugangseffektes selber tragen.

In der bloßen Ausstellung eines Schriftstückes kann eine solche schuldhafte Verursachung des Vertrauens des Gegners nicht gefunden werden. Wollte man schon die Ausstellung als solche schuldhafte Verursachung betrachten, so würde man in ganz unbilliger Weise den Handelnden belasten. Eine solche Belastung aber könnte man nur dann annehmen, wenn die Geltung des Veranlassungsprinzips auf diesen Fall annehmen wollte und könnte. Das aber ist eben nicht möglich.

Das Veranlassungsprinzip, daß schon mit der bloßen Ausstellung eines Schriftstückes den Aussteller für diese haften läßt, ist im BGB. bei der Quittung

---

[5]) Irrtum und Auslegung, S. 115.
[6]) Manigk in Iher. Jahrb. Bd. 75, S. 193 A. 1.
[7]) Irrtum und Auslegung, S. 250, A. 1.
[8]) Manigk in Iher. Jahrb. Bd. 75, S. 193 A. 1.

§ 370 und bei den Inhaberpapieren § 793 verwendet worden. Der Ueberbringer einer Quittung gilt als zum Empfang der Leistung berechtigt. Das Gesetz sieht hier ganz davon ab, ob die Quittung in zurechenbarer Weise ausgestellt und in Verkehr gebracht worden ist. Auch ohne diese Verantwortlichkeit ist die Gefahr dem Aussteller aufgebürdet worden. § 370 BGB. Der Aussteller einer Schuldverschreibung auf den Inhaber wird auch schon dann verpflichtet, wenn dieselbe gegen seinen Willen ganz ohne sein Verschulden in Verkehr gekommen ist. § 793 und § 794 BGB. Diese Bestimmungen aber kann man nicht auf die Ausstellung eines jeden Schriftstückes anwenden[9]). Der Grund für diese Statuierung des Veranlassungsprinzips liegt hier in der höheren Verkehrssicherheit, die bei Quittung und bei den Inhaberpapieren eintreten soll. Diese sollen durch ihr bloßes Dasein einen Glauben genießen und dieser Glaube wird dadurch geschützt, daß ohne Rücksicht auf eine Verantwortlichkeit des Ausstellers eine Haftung desselben für die Ausstellung eintritt. Deshalb kann man auch diese Sonderregelung auf andere Fälle nicht entsprechend anwenden.

Nur dann kann eine Bindung des Erklärenden an diese eintreten, wenn die Erklärung durch sein Verschulden in Verkehr gebracht worden ist und der Zugang bei dem Empfänger von ihm zu vertreten ist. Nur dann wird dieser in seinem Vertrauen geschützt.

In diesem Sinne wird man auch die oben erwähnte Entscheidung des Reichsgerichts in Band 104, S. 268 ff. mit Manigk nicht für richtig halten können[10]). Hier hatte das Reichsgericht das Vorliegen von verstecktem Dissense angenommen. Eine Partei hatte von der anderen eine Preisliste erhalten. Später sandte sie dem Absender der Liste eine Offerte zu, die nach ihrem Willen als Verkaufsangebot gelten sollte, wegen Mißverständlichkeit aber von dem Gegner nicht als solches gewertet wurde. Dieser nahm sie im Sinne seiner Preisliste als Kaufangebot an. Es stellte sich nun heraus, daß jeder hatte verkaufen wollen. Daraufhin nahm das Reichsgericht das Vorliegen von verstecktem Dissense an. Das aber kann nicht als richtig bezeichnet werden. Wir sahen schon, daß Dissens nur dann angenommen werden kann, wenn beide Teile ein gleichliegendes Verschulden trifft. Des weiteren müssen die Erklärenden sich mißverständlich geäußert haben, die Erklärungen dürfen nicht in einem ganz bestimmten Sinne zu deuten sein. Hier aber kann man eine solche Zweideutigkeit nicht annehmen. Nach der vorausgegangenen Preisliste konnte eine daraufhin abgesandte Offerte nur als Kaufangebot von dem Gegner und überhaupt von jedem Menschen nach den Regeln des Verkehrs gewertet werden. Wenn aber die Erklärung nur in diesem Sinne gedeutet werden konnten, so war damit die Annahme des Vorliegens von verstecktem Dissense ausgeschlossen[11]). Daher hätte hier der Vertrag als zustandegekommen angesehen werden müssen. Durch Verschulden des Anbietenden war eine Erklärung in dem von ihm anders gemeinten aber nach den Regeln des Verkehrs nur in einem Sinne zu deutenden Inhalt dem Gegner zugegangen. Dieser durfte auf die Erklärung so, wie er sie verstehen mußte, vertrauen und, da die Erklärung unter Verantwortlichkeit des anderen Teils ihm zugegangen war, wird er in seinem Vertrauen geschützt. Der Gegner bleibt an seine Erklä-

---

[9]) Vgl. Manigk, Irrtum und Auslegung, S. 260 A. 1.
[10]) in Iher. Jahrb. Bd. 75, S. 191 A. 1.
[11]) Vgl. RGE. Bd. 97, S. 191 und Bd. 95, S. 53 und Bd. 100, S. 135.

rung gebunden und kann dieselbe höchstens anfechten, wird aber dann mit der Ersatzpflicht des § 122 BGB. belastet.

„Ebenso muß auch da, wo die Mehrdeutigkeit der Erklärung von einem Kontrahenten arglistig herbeigeführt wurde, derjenige Sinn der Erklärung maßgebend sein, der sich normativ aus der Auslegung ergibt und den hier der Adressat angenommen hatte[12])." Hier kann das Vorliegen von Dissens nicht angenommen werden. In dem in Bd. 100, S. 125 entschiedenen Falle hatte der eine Kontrahent in dem schriftlichen Vertrage einen Passus so eingeklammert, daß diese Einklammerung von dem anderen Teil bei der Unterschrift nicht bemerkt werden konnte. Das Reichsgericht läßt richtig daher eine Bindung des Erklärenden an seine Erklärung, so wie der Gegner sie verstanden hatte, eintreten. Hier ist auch eine Anfechtung mangels eines Grundes nicht gegeben. Auch hier hat der Erklärende schuldhaft eine Erklärung in Verkehr gebracht, die seinem wahren Willen insofern nicht entsprach, als sein Wille schuldhaft dem anderen Teil in mißverständlicher Weise ausgedrückt war. Deshalb kann auch hier der andere Teil auf die Richtigkeit der Erklärung, so wie er sie verstanden hat, vertrauen. Und sein Vertrauen wird dadurch geschützt, daß der Erklärende an seine Willenserklärung gebunden bleibt, so wie sie der Gegner verstehen mußte.

---

[12]) Manigk, Jher. Jahrb. Bd. 75, S. 148. vgl. auch RGE. Bd. 100, S. 135.

§ 11. Schluß. Zusammenfassung.

Zum Schluß wollen wir die aus den vorhergehenden Erörterungen sich ergebenden Sätze noch einmal kurz zusammenfassen.

Wegen eines beim Vertragsschlusse begangenen Verschuldens kann die gleiche vertragliche Haftung eintreten wie bei einem nach Abschluß des Vertrages begangenen Verschulden. Das ist zu schließen aus dem als dem BGB. innewohnend erkannten Prinzip, daß auch wegen Verschuldens beim Vertragsschlusse ein vertraglicher Haftungsanspruch entstehen könne. Im Wege der Auslegung kommen wir deshalb zu obigem Satze, weil wir erkennen, daß dieses Ergebnis einem dringenden Rechtsbedürfnis entgegenkommt.

Wir gründen die Haftung auf das vorbereitende Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen. In diesem ergeben sich nach Treu und Glauben festzusetzende Pflichten, für deren Verletzung dann ein vertraglicher Ersatzanspruch bei Vorliegen eines nach § 276 zu begrenzenden Verschuldens gegeben wird.

Daraus ergibt sich auch, daß die Haftung grundsätzlich nur bis zu dem Ersatz des negativen Vertragsinteresses gehen kann und daß auch die sonstigen auf Vertragsverletzung bezüglichen Vorschriften des BGB. Anwendung finden können.

Die Betrachtung der Vertragsverhandlungen als eines vorbereitenden Schuldverhältnisses ergeben auch, daß es auf den Abschluß eines Vertrages nicht ankommen kann. Vielmehr ist bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen der Ersatzanspruch gegeben, ob nun ein Vertrag gültig zustandekommt, ob der zustandegekommene der Nichtigkeit verfällt, oder ob es nicht einmal zu dem nur äußeren Schein eines Vertragsschlusses kommt.

Diese Betrachtung kann aber nicht ergeben, daß auch bei Nichtigkeit eines Vertrages wegen versteckten Dissenses eine Haftung einzutreten habe. Das ergibt sich aus der richtigen Betrachtung des Wesens des versteckten Dissenses.

Neben dem durch ein Verschulden beim Vertragsschluß hervorgerufenen Schadensersatzanspruch wird auch der Begriff des Zugangs und des Wirksamwerdens einer Willenserklärung maßgebend von der Verschuldensfrage beeinflußt.

In allen diesen Sätzen glauben wir, eine befriedigende Lösung der Frage nach den Wirkungen eines Verschuldens beim Vertragsschlusse erblicken zu müssen. Mit den Sätzen glauben wir alle die Frage berührenden Entscheidungen in einer der Gerechtigkeit und Billigkeit entsprechenden Weise geben zu können.

Lebenslauf.

Ich, Klaus, Willi, Walter Schönwald wurde am 22. Juli 1901 in Leubus, Kreis Wohlau in Schlesien geboren. Mein Vater Günther Schönwald war dort Pastor. Meinen ersten Unterricht empfing ich von diesem. Im Jahre 1912 zog mein Vater mit uns 7 Kindern fort nach Berlin-Rosenthal, wo mein Vater noch heute eine Pfarrstelle bekleidet. Hier besuchte ich das Humboldt-Gymnasium in Berlin bis zur Oberprima. Im Jahre 1919 machte ich dort das Notabiturientenexamen, um danach in den Grenzschutz Ost einzutreten, dem ich bis August des Jahres 1919 angehörte. Nach meiner Entlassung studierte ich auf der Universität Berlin Rechtswissenschaft und bestand im Jahre 1924 das Referendarexamen in Berlin. Seitdem bin ich im Ausbildungsdienst bei den Gerichten im Bezirke des Kammergerichts beschäftigt.

Mercedes-Druckerei Birkenwerder, Primke & Otto